This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 193 173

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAY 20 1908

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Staub's Kommentar

zum

Handelsgesetzbuch.

Achte Auflage

bearbeitet unter Benutzung des handschriftlichen Nachlasses

von

Heinrich Könige,
Reichsgerichtsrat in Leipzig,

Dr. Josef Stranz,
Justizrat in Berlin,

Albert Pinner,
Justizrat in Berlin.

Zweiter Band.

(Buch 3: Handelsgeschäfte.)

Berlin 1907.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Digitized by Google

MAY 20 1908

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis des zweiten Bandes.

Seite

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 343. Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte 1127
§ 344. Vermutungen für die Zugehörigkeit der Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns zum Handelsbetriebe 1133
§ 345. Einseitige Handelsgeschäfte 1137
§ 346. Handelsgewohnheiten und Gebräuche, Auslegung von Willenserklärungen. Exceptio doli generalis 1138
Exkurs zu § 346.
I. Unsittliche Geschäfte 1147
II. Wucher 1153
III. Der Kontrahierungszwang 1157
IV. Syndikate (Kartelle usw.) 1157
§ 347. Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Folgen einer Verletzung dieser Sorgfaltspflicht 1164
§ 348. Vertragsstrafe 1172
Exkurs zu § 348. Draufgabe, Reugeld. Vor- und Rückprämie 1181
§ 349. Bürgschaft 1182
Kreditauftrag 1197
Kreditvertrag 1199
Garantievertrag 1200
Kreditassekuranzvertrag 1200
Exkurs zu § 349. Rat, Empfehlung und Auskunft 1201
§ 350. Form der Handelsgeschäfte und die Folgen der Beobachtung sowie der Nichtbeobachtung der Form 1212
Exkurs zu § 350. Akkordvertrag (Präventivakkord) und Liquidationsvertrag (Präventivkonkurs) 1236
§ 351. Geschäfte des Minderkaufmannes . . 1241
§ 352. Höhe der gesetzlichen und vertragsmäßigen Zinsen im Handelsrecht . . 1242
§ 353. Recht auf Zinsen 1246
§ 354. Anspruch des Kaufmanns auf Provision und Lagergeld sowie Entgelt für Mühewaltung, Darlehen, Vorschüsse und Auslagen 1248
§ 355. Das Kontokorrentverhältnis . . . 1252
§ 356. Fortbestand von Sicherheiten für Einzelforderungen 1265
§ 357. Pfändung der Rechte eines Kontokorrentkontrahenten durch seine Gläubiger 1267
Exkurs zu § 357. Die offene oder uneigentliche laufende Rechnung 1268
§ 358. Die Erfüllungszeit bei Handelsgeschäften 1270
§ 359. Besondere Zeitbestimmungen; Frühjahr — Herbst — Messezeit usw. . . . 1271
Exkurs zu § 359. Die Vorschriften des BGB. über die Erfüllungszeit 1272
§ 360. Begriff der Gattungsware. Klauseln „tel quel“ und „wie besehen“ . . 1278
§ 361. Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung, Entfernungen 1281
Exkurs zu § 361. Das Zustandekommen des Vertrages. Vertragsantrag und Annahme 1283
§ 362. Schweigen als Annahme des Vertragsantrags 1303
Insbesondere § 663 BGB. . . . 1307
§ 363. Die kaufmännische Anweisung und der kaufmännische Verpflichtungsschein . 1308
Exkurs zu § 363. Der Scheck (die Bankanweisung) 1317
§ 364. Das Indossament 1321
§ 365. Form des Indossaments und Legitimation des Besitzers. Abhanden gekommene und vernichtete Orderpapiere 1326

Digitized by Google

Seite

Exkurs zu § 365. Von den Inhaberpapieren. Die unechten Inhaberpapiere und die inhaberähnlichen Papiere 1329
366. Der gutgläubige Eigentums- und Pfanderwerb an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren 1331
§ 367. Der gutgläubige Eigentums- und Pfanderwerb an gestohlenen und abhanden gekommenen Inhaberpapieren insbesondere 1357
§ 368. Die Verwertung des Pfandes durch Pfandverkauf:
I. Gegenstand des Pfandrechts . . . 1359
II. Art der Bestellung des Pfandrechts . 1360
III. Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbs 1365
IV. Wirkungen des Pfanderwerbs . . . 1366
V. Irreguläres Pfandrecht 1379
VI. Die gesetzlichen Pfandrechte 1380
VII. Sicherungsübereignung 1382
VIII. Übergangsfragen 1388
§ 369. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht 1388
§ 370. Das kaufmännische Notzurückbehaltungsrecht 1404
§ 371. Die Art der Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache 1405
§ 372. Die Art der Befriedigung im Falle des Eigentumswechsels 1410
Exkurs zu § 372:
I. Der Erfüllungsort 1411
II. Die Zeit der Erfüllung 1429
III. Der Bestimmungsort der Leistung, insbesondere bei Geldzahlung. Die Lehre von der Geldübersendungspflicht . . 1431

Zweiter Abschnitt. **Handelskauf.**

Exkurs vor § 373. Allgemeines über den Handelskauf.
I. 1. Vorbemerkung. 2. Tausch . . 1436
II. 1. Wesen des Handelskaufs. 2. Patentkauf. 3. Patentlizenzverkauf. 4. Lieferungsvertrag. 5. Werklieferungsvertrag. 6. Elektrizitätslieferungsvertrag 1437
III. Abschluß des Handelskaufs. 1. Form. 2. Personen. 3. Willenserklärung. 4. Bestimmung von Preis und Ware. 5. Arbitrage, Markt- und Börsenpreis 1442

Seite

IV. Arten des Kaufs. 1. Barkauf. 2. Kreditkauf. 3. Sicherungskauf. 4. Schneeballensystem u. dgl. . . . 1448
V. Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag. 1. Pflicht des Verkäufers, die Sache zu übergeben und das Eigentum zu verschaffen. 2. Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung, das Wechselrembours- und Vinkulationsgeschäft insbesondere. 3. Die Abnahmepflicht des Käufers 1453
VI. Der Verzug 1460
VII. Prozessuale Fragen. Klageantrag. Gerichtsstand 1460
VIII. Beweislast 1463
IX. Übergangsfragen 1464
§ 373. Selbsthilfeverkauf bei Annahmeverzug des Käufers 1464
§ 374. Die weiteren Befugnisse des Verkäufers nach dem BGB. beim Annahmeverzug des Käufers 1482
Exkurs zu § 374. Erfüllungsverzug des Käufers und des Verkäufers.
A. Der Verzug, ehe ein Teil erfüllt hat:
I. Die Gesetzesvorschriften 1484
II. Das dreifache Wahlrecht des nichtsäumigen Teils; außerdem das vertragsmäßige Rücktrittsrecht u. die kassatorische Klausel; die Fixgeschäfte des täglichen Lebens 1485
1. Voraussetzungen und Inhalt des Wahlrechts des Verkäufers bei Verzug des Käufers.
a) Voraussetzung: schuldhafter Zahlungsverzug des Käufers, Mahnung und Ausstehen der Leistung des Verkäufers 1486
b) Inhalt: das Recht auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung; Schadensersatz wegen Nichterfüllung in abstrakter und in konkreter Berechnung; Rücktritt; Zurückbehaltungsrecht — Einrede des nichterfüllten Vertrages 1492
2. Voraussetzungen und Inhalt des Wahlrechts des Käufers bei Verzug des Verkäufers.
a) Voraussetzung: schuldhafte Unterlassung der Übergabe; Mahnung 1500
b) Inhalt: Recht auf Lieferung und Schadensersatz wegen verspäteter Er-

Digitized by Google

Seite

füllung; Schadenserſatz wegen Nichterfüllung in abſtrakter und in konkreter Form; Rücktritt; Zurückbehaltungsrecht — Einrede des nicht erfüllten Vertrags 1506

3. Ausübung des Wahlrechts bei Verzug des Käufers und des Verkäufers. Ziel des Wahlrechts. Friſtbeſtimmung nach Form und Inhalt (Erfüllungsweigerung). Androhung der Ablehnung der Leiſtungsannahme. Ablauf der Friſt. Ausnahme von Friſtſetzung und Androhung 1514

4. Wirkungen des ausgeübten Wahlrechts. Endgültige Wahl. Heilung des Verzugs 1527

B. Der Verzug, wenn der Nichtſäumige ganz oder teilweiſe erfüllt hat . . 1530

C. Die Sukzeſſivlieferungsgeſchäfte . . 1532

D. Verwirkung der Rechte aus dem Verzug durch illoyal verſpätete Geltendmachung 1539

E. Der Verzug nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung 1540

F. Der Verzug im Falle des Todes des Verpflichteten 1541

G. Verzug in Erfüllung anderer Verpflichtungen außer der Übergabe der Ware und der Zahlung des Kaufpreiſes. Abnahmeverzug 1542

H. Der Verzug im Konkurſe 1546

J. Poſitive Vertragsverletzungen . . . 1546

K. Übergangsvorſchriften. 1552

§ 375. Spezifikationskauf 1552

§ 376. Fixgeſchäfte 1560

Exkurs zu § 376.

I. Die Börſentermingeſchäfte und die Differenzgeſchäfte 1571

II. Verbotene Börſentermingeſchäfte . . 1586

III. Die Differenzgeſchäfte (Spielgeſchäfte) insbeſondere 1589

§ 377. Die Mängelrüge.

I. Vorausſetzungen der Rügepflicht: beiderſeitiges Handelsgeſchäft; mangelhafte Beſchaffenheit der Ware 1597

II. Die Mängelrüge ſelbſt. A. Ihre Grundlage und die Unterſuchung. B. Die Mängelanzeige nach Inhalt, Art und Zeit. Offene und verborgene Mängel. Vertragliche Änderungen der Anzeigepflicht, Fakturenvermerke, Ausfallproben. Verzicht 1601

Seite

III. Die Rechtsfolgen A. der unterbliebenen und B. der geſchehenen Mängelanzeige.

1. Mängel, für die nach den Regeln der Gewährleiſtung gehaftet wird. Gewöhnlich vorausgeſetzte Eigenſchaften. Zugeſicherte Eigenſchaften. Kauf eines Handelsgeſchäfts. Bedeutung des Gefahrübergangs. Vorausſetzung einer Eigenſchaft. Zuſicherung des Geſchäftsvermittlers. Wertloſe Ware . . . 1615

2. Rechte des Käufers bei mangelhafter Lieferung. Insbeſondere das Recht auf Nachbeſſerung. Verhältnis der Gewährleiſtungsanſprüche zur Anfechtung wegen Irrtums und argliſtiger Täuſchung 1619

3. Die einzelnen Gewährleiſtungsanſprüche.

a) Wandelung 1621

b) Preisminderung 1630

c) Schadenserſatz wegen Nichterfüllung . 1633

d) Anſpruch auf Lieferung mangelfreier Ware 1635

e) Anbieten mangelfreier Ware . . . 1637

f) Schadenserſatz bei ſchuldhaft mangelhafter Lieferung 1637

g) Nachbeſſerung 1641

4. Das Verhältnis der einzelnen Gewährleiſtungsanſprüche zueinander . . . 1641

5. Ausſchluß der Haftung für Mängel. Genehmigung der Ware. Unterlaſſung der Mängelanzeige. Verzicht auf die Wirkungen gehöriger Anzeige. Kenntnis der Mängel beim Abſchluß und bei der Annahme der Ware. Vereinbarung des Ausſchluſſes. Verſteigerung 1643

6. Beweislaſt 1645

7. Verjährung der Gewährleiſtungsanſprüche 1649

IV. Argliſtiges Verſchweigen des Mangels. Vorausſetzung. Rechtsfolgen; insbeſondere der Tatbeſtand der ſchuldhaft mangelhaften Lieferung. Die Anfechtung des Kaufvertrages wegen argliſtigen Verſchweigens. Unerlaubte Handlung. Exceptio doli generalis. Das Verhältnis der einzelnen aus argliſtigem Verſchweigen entſtehenden Rechte zueinander 1657

Digitized by Google

Seite

V. Teilweise Lieferung und teilweise Mangelhaftigkeit 1664
VI. Vertragliche Abänderungen der Vorschriften über Anzeigepflicht und Gewährleistung. Vertragliche Abänderung der Verjährung. Garantieleistung . 1667
VII. Eigentumsübergang bei Zusendung und Bemängelung fehlerhafter Ware 1669
Zusatz 1. Mängelrüge beim einseitigen Handelskauf 1670
Zusatz 2. Zusendung unbestellter Ware. Ansichts-, Auswahl- und Mustersendung 1671
Exkurs zu § 377. Die Verletzung vertraglicher Rechte durch Dritte 1672
§ 378. Mängelanzeige bei Quantitätsmängeln und bei Lieferung anderer Ware . . 1673
§ 379. Aufbewahrungspflicht. Notverkauf . 1677
Exkurs zu § 379. Mängelfeststellungsrecht des Käufers und des Verkäufers . . . 1684
§ 380. Kauf nach Gewicht. Refaktie. Sackmiete 1686
§ 381. Kauf von Wertpapieren. Werklieferungsvertrag 1688
§ 382. Viehkauf 1697
Exkurs zu § 382.
I. Kauf nach Probe 1696
II. Kauf auf Probe 1701
III. Kauf zur Probe 1704
IV. Übersendung der Ware. Gefahrübergang. Verhältnis des Käufers und des Verkäufers zum Spediteur und Frachtführer 1705
V. Eigentumsübergang beim Kauf . . 1713
VI. Eigentumsvorbehalt 1715
VII. Sicherungsübereignung 1719
VIII. Einfluß des Konkurses auf den schwebenden Kaufvertrag 1719
IX. Das Verfolgungsrecht 1727
X. Die Kosten der Erfüllung. Verpackung. Transport. Abrollung 1732

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

§ 383. Begriff des Kommissionärs. Wirkungen des Kommissionsgeschäfts. Örtliches Recht. Konsignationskommission. Pactillevertrag 1734
§ 384. Pflichten des Kommissionärs. Insbesondere Übersendung des Stückeverzeichnisses 1746

Seite

§ 385. Abweichung von den Weisungen des Kommittenten 1758
§ 386. Limitoüberschreitung 1761
§ 387. Abschluß zu vorteilhafteren Bedingungen. Bonifikation 1763
§ 388. Pflichten des Kommissionärs, wenn die Ware in mangelhaftem oder beschädigtem Zustand ankommt. Gefahrdrohende Veränderungen 1765
§ 389. Rechte des Kommissionärs, wenn der Kommittent über das Gut nicht verfügt 1767
§ 390. Verantwortlichkeit des Kommissionärs für Verlust oder Beschädigung des Gutes. Versicherung 1767
§ 391. Pflicht des Einkaufskommissionärs zur Untersuchung und Mängelanzeige. Aufbewahrungspflicht 1769
§ 392. Die Forderungen aus Kommissionsgeschäften 1770
§ 393. Unbefugte Vorschuß- und Kreditgewährung 1773
§ 394. Die Delkrederekommission 1774
§ 395. Ankauf von Wechseln 1777
§ 396. Ansprüche des Kommissionärs auf Belohnung und Ersatz von Aufwendungen 1778
§ 397. Pfandrecht des Kommissionärs. Aufrechnung. Zurückbehaltungsrecht . . 1781
§ 398. Befriedigungsrecht des Einkaufskommissionärs aus dem Kommissionsgut 1785
§ 399. Befriedigungsrecht des Kommissionärs aus Kommissionsforderungen . . . 1785
§ 400. Selbsteintrittsrecht 1785
§ 401. Günstigerer Abschluß beim Selbsteintritt 1793
§ 402. Zwingendes Recht 1796
§ 403. Provision und Unkosten beim Selbsteintritt 1796
§ 404. Das Pfandrecht und das Befriedigungsrecht des Kommissionärs aus dem Kommissionsgut beim Selbsteintritt . 1797
§ 405. Die Erklärung des Selbsteintritts. Zeitliche Begrenzung 1797
§ 406. Ausdehnung der Vorschriften über die Kommission auf ähnliche Rechtsverhältnisse 1800

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§ 407. Begriffsbestimmung des Spediteurs. Anwendung der Vorschriften über die Kommission 1801

Digitized by Google

Seite

§ 408. Pflichten des Spediteurs. Frachtberechnung 1804
§ 409. Provisionsanspruch 1810
§ 410. Pfandrecht 1812
§ 411. Zwischenspediteur 1815
§ 412. Selbsteintritt des Spediteurs . . . 1816
§ 413. Spedition mit festen Spesen. Die Sammelspedition 1817
§ 414. Verjährung 1820
§ 415. Ausdehnung der Vorschriften über die Spedition auf Kaufleute, die nicht Spediteur sind 1824
Exkurs zu § 415. I. Entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über die Kommission auf das Speditionsverhältnis. II. Annoncenbureau 1824

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

§ 416. Begriff des Lagerhalters 1826
§ 417. Rechte und Pflichten des Lagerhalters 1828
§ 418. Rechte des Einlagerers 1830
§ 419. Lagerung vertretbarer Sachen . . . 1831
§ 420. Anspruch des Lagerhalters auf Lagerkosten 1834
§ 421. Pfandrecht des Lagerhalters . . . 1835
§ 422. Lagerzeit 1836
§ 423. Verjährung 1837
§ 424. Lagerschein 1838
Exkurs zu § 424. Das Bankverwahrungsgeschäft. Stahlkammern 1842

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

§ 425. Begriff des Frachtführers 1847
§ 426. Der Frachtbrief 1851
§ 427. Begleitpapiere 1856
§ 428. Antritt und Vollendung der Reise. Reisehindernisse 1857
§ 429. Haftung des Frachtführers für Verlust und Beschädigung des Gutes und für Verspätung 1859
§ 430. Umfang der Haftung 1863
§ 431. Haftung für seine Leute und Beförderungsgehilfen 1867
§ 432. Haftung des Hauptfrachtführers für den Unterfrachtführer und die Haftung des letzteren selbst 1869
§ 433. Verfügungsrecht des Absenders . . 1872
§ 434. Verfügungsrecht des Empfängers . . 1875
§ 435. Recht des Empfängers gegen den Frachtführer nach Beendigung des Transports 1875

Seite

§ 436. Recht des Frachtführers gegen den Adressaten auf Zahlung 1878
§ 437. Ablieferungshindernisse 1880
§ 438. Erlöschung der Ansprüche des Frachtführers 1882
§ 439. Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer 1886
§ 440. Pfandrecht 1887
§ 441. Verhältnis des letzten Frachtführers zu seinen Vormännern 1889
§ 442. Verlust des Rückgriffsrechts des Frachtführers 1891
§ 443. Rangordnung mehrerer Pfandrechte . 1892
§ 444. Der Ladeschein 1894
§ 445. Erfordernisse des Ladescheins . . . 1896
§ 446. Rechtliche Bedeutung des Ladescheins 1897
§ 447. Legitimation durch den Ladeschein . 1899
§ 448. Ablieferung des Guts gegen Rückgabe des Ladescheins 1900
§ 449. Verhältnis aufeinanderfolgender Frachtführer bei Ausstellung eines Ladescheins 1901
§ 450. Dingliche Wirkungen des Ladescheins 1901
§ 451. Entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Frachtgeschäft . . 1901
§ 452. Die Post 1902

Siebenter Abschnitt.
Beförderung von Gütern und Personen auf der Eisenbahn.

§ 453. Der Eisenbahnfrachtvertrag. Regelung des Verkehrs der Eisenbahn mit dem Publikum 1904
§ 454. Anwendung der für das Frachtgeschäft geltenden Regeln 1909
§ 455. Empfangsbescheinigung auf dem Frachtbriefduplikat 1910
§ 456. Haftpflicht der Eisenbahn für Verlust und Beschädigung des Gutes . . . 1911
§ 457. Umfang des Schadensersatzes . . . 1916
§ 458. Haftung der Eisenbahn für ihre Hilfspersonen 1916
§ 459. Beschränkung der Haftung für Verlust und Beschädigung des Gutes in besonderen Fällen 1917
§ 460. Haftung für Gewichtsverlust . . . 1922
§ 461. Beschränkung der Haftung auf einen Höchstbetrag 1924
§ 462. Beschränkung der Haftung auf einen Höchstbetrag bei Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Wertpapieren 1925

Digitized by Google

		Seite
§ 463.	Das Lieferungsinteresse	1925
§ 464.	Äußerlich nicht erkennbare Schäden	1926
§ 465.	Haftung für Reisegepäck	1927
§ 466.	Haftpflicht für verspätete Ablieferung	1929
§ 467.	Befreiungsgründe der Haftpflicht aus Verschulden des Absenders	1931
§ 468.	Güterbeförderung an einen nicht an der Eisenbahn liegenden Ort	1932
§ 469.	Durchgehendes Gut mit durchgehendem Frachtbrief	1933
§ 470.	Verjährung der Ansprüche aus dem Frachtvertrag	1934
§ 471.	Zwingendes Recht	1935
§ 472.	Personenbeförderung	1936
§ 473.	Kleinbahnen	1940
Anhang.	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch	1941
Verzeichnis der angezogenen Gesetzesstellen		1953
Alphabetisches Sachregister		1969

Digitized by Google

Drittes Buch.
Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt.
Allgemeine Vorschriften.

§ 343.

Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. § 343.

Die im § 1 Abs. 2 bezeichneten Geschäfte sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden.

I. **Die Bedeutung des vorliegenden Paragraphen im allgemeinen.** Anm. 1.

Der vorliegende Paragraph gibt die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte. Die §§ 1 und 2 geben nicht die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte an, sondern sie bestimmen, welche Geschäfte die Grundlage eines Handelsgewerbes bilden können: Wer jene Geschäfte gewerbsmäßig abschließt, betreibt, sei es ohne weiteres, sei es bei hinzukommender Eintragung, ein Handelsgewerbe; und wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann.

Im Anschluß hieran wird nun im vorliegenden Paragraphen gesagt: Die Geschäfte Anm. 2.
eines Kaufmanns, welche zu seinem Handelsgewerbe gehören, sind Handelsgeschäfte. Jedes Geschäft wird also dadurch, daß es im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen wird, ein Handelsgeschäft. Welcher Art auch das Geschäft sein möge, es ist ein Handelsgeschäft, wenn es im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen ist (also z. B. auch Grundstücksgeschäfte, vgl. unten Anm. 22). Und umgekehrt: Welcher Art ein Geschäft auch sein mag, es ist kein Handelsgeschäft, wenn es nicht im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen ist. Die Geschäfte eines Nichtkaufmanns sind also niemals Handelsgeschäfte.

Vergleichen wir diese Gestaltung der Sache mit der des früheren Rechts, so ist zu Anm. 3.
sagen: Absolute Handelsgeschäfte gibt es nicht mehr, kein Geschäft ist um seiner selbst willen Handelsgeschäft, sondern nur, wenn es im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen wird. Die früheren absoluten Handelsgeschäfte (des Art. 271) sind mit den früheren relativen Handelsgeschäften (des Art. 272) vereinigt und (bis auf geringe Abänderungen) zu Handelsgrundgeschäften nach § 1 gemacht, d. h. zu solchen Geschäften, welche die Grundlage eines Handelsgewerbes zu bilden geeignet sind, deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe ist, und den Betreffenden zum Kaufmann macht. Außerdem aber ist eine weitere unbegrenzte Zahl von Handelsgrundgeschäften dadurch geschaffen, daß nach § 2 jedes gewerbliche Unternehmen, wenn nach Art oder Umfang es kaufmännische Einrichtungen erfordert, bei hinzukommender Eintragung ein Handelsgewerbe und der Inhaber desselben Kaufmann ist. Liegt nun ein Handelsgewerbe nach § 1 oder nach § 2 vor, dann sind — das bestimmt der vor-

Digitized by Google

§ 343. liegende Paragraph — alle Geschäfte, die zu dem betreffenden Handelsgewerbe gehören, Handelsgeschäfte. Damit sind aber nicht nur die Geschäfte gemeint, welche die Grundgeschäfte des betreffenden Handelsgewerbes sind, durch deren Betrieb das Gewerbe ein Handelsgewerbe wird, sondern auch alle Neben- und Hilfsgeschäfte dieses Gewerbes, die akzessorischen Handelsgeschäfte (vgl. das Folgende).

Anm. 1. **II. Die einzelnen Bestandteile der Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte.**

1 **Ein Handelsgewerbe** muß es sein, dem das Geschäft zugehört.

a) Der Begriff des Handelsgewerbes richtet sich zunächst nach §§ 1 und 2: die Geschäfte eines Kaufmanns kraft Gewerbes (gemäß § 1) sind Handelsgeschäfte und ebenso die Geschäfte eines Kaufmanns kraft Betriebsart des Gewerbes und Eintragung (gemäß § 2); vgl. § 1 Anm. 31.

Anm. 5. b) Selbstverständlich greifen auch die Ausnahmen des § 3 Platz; (die landwirtschaftlichen Hauptgewerbe sind keine Handelsgewerbe, auch wenn ihr Gegenstand in reinen Handelsgrundgeschäften besteht, und die landwirtschaftlichen erheblichen Nebengewerbe nur dann, wenn der Inhaber sich aus freiem Willen zur Eintragung entschließt).

Anm. 6. c) Dagegen gehören auch die Gewerbe der Minderkaufleute dazu; denn auch diese sind Kaufleute, ihre Gewerbe Handelsgewerbe, ihre Geschäfte also Handelsgeschäfte (Anm. 28 zu § 4). Hinzugefügt mag werden, daß auch die Weiterveräußerungsgeschäfte der Handwerker im neuen HGB. nicht ausgenommen sind, während ihnen nach Art. 273 Abs. 3 des alten HGB. der Charakter als Handelsgeschäfte ausdrücklich genommen war. Auch wenn Minderkaufleute sich gesellschaftlich vereinigen, so ist dies zwar nur eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, so daß ihre gesellschaftlichen Verhältnisse sich nicht nach den Regeln der o. HG. oder der Kommanditgesellschaft richten, wohl aber sind ihre Geschäfte auch in diesem Falle Handelsgeschäfte, weil ihr Gewerbe auch in diesem Falle ein Handelsgewerbe, sie selbst auch in diesem Falle Kaufleute, wenn auch Minderkaufleute sind (Exk. zu § 342 6./7. Aufl. Anm. 8).

Anm. 7. d) Ferner wird der Begriff des Handelsgewerbes auch im Sinne des vorliegenden Paragraphen erweitert durch die Vorschrift des § 5. Nach diesem ist das Gewerbe einer Person oder Gesellschaft, welche in das Firmenregister eingetragen ist, als Handelsgewerbe zu betrachten, auch wenn es kein solches ist und die Eintragung aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 stammt. Demgemäß sind die nach dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Geschäfte einer solchen Person auch dann Handelsgeschäfte, wenn das Gewerbe in Wahrheit kein Handelsgewerbe ist. So z. B. wenn der Inhaber einer kleinen Leihbibliothek sich in das Firmenregister hat eintragen lassen; schafft ein solcher neue Bücher an, oder leiht er Bücher aus usw., so sind das alles Handelsgeschäfte, ebenso wie seine Neben- und Hilfsgeschäfte (das Engagement von Personal, die Empfangnahme von Zahlungen usw.). So ist auch der Betrieb einer Ziegelei an sich kein Handelsgewerbe, mag sie auf eigenem oder fremdem Boden betrieben werden (ROHG. 15, 237; Bolze 8 Nr. 314). Er kann es aber nach § 2 werden; betreiben z. B. mehrere gesellschaftlich eine Ziegelei und haben sie ihre Firmen eintragen lassen, so ist ihr Gewerbe dadurch zum Handelsgewerbe geworden. Ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte (RG. 50, 158). Ebenso verhält es sich mit einem eingetragenen Geschäft für Tiefbohrungen (RG. 60, 80); vgl. § 1 Anm. 37.

Anm. 8. e) Endlich aber wird der Begriff der Handelsgeschäfte dadurch erweitert, daß der, welcher sich als Kaufmann im Rechtsverkehr geriert, jedenfalls gegen sich gelten lassen muß, daß er ein Handelsgewerbe betreibt. Seine Geschäfte gelten also auch als Handelsgeschäfte (Exk. zu § 5).

Anm. 9. 2. **Zum Betriebe gehören** muß das Geschäft (d. h. zum Betriebe des Handelsgewerbes), wenn es ein Handelsgeschäft sein soll.

a) Dieses Erfordernis ist nicht dahin aufzufassen, als ob nur die Geschäfte, welche dem betreffenden Handelsgewerbe charakteristisch sind, zu Handelsgeschäften erhoben werden. Es sind nicht nur gemeint die Handelsgrundgeschäfte, welche nach § 1 das Gewerbe ohne weiteres, und nach § 2 bei hinzukommender Eintragung zum Handelsgewerbe machen. Vielmehr soll damit jedes Geschäft, welches der Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vornimmt, mit welchem er die Zwecke seines

Digitized by Google

Handelsbetriebes ermöglichen oder fördern will, als Handelsgeschäft gekennzeichnet § 343.
werden, also insbesondere auch die Neben- oder Hilfsgeschäfte des Handels, die sogenannten akzessorischen Handelsgeschäfte und der Vorvertrag (JW. 00 59[22]).

Den Gegensatz bilden und zum Handelsbetriebe nicht gehören diejenigen Geschäfte, Anm. 10.
welche der Kaufmann vornimmt zu anderen, außerhalb des Gewerbebetriebes liegenden Zwecken, also z. B. zum Privatbedarf, zum Betriebe des Haushalts, die Geschäfte des Kaufmanns in Betätigung des Amtes als Testamentsvollstrecker, Vormund, Konkursverwalter, Kursmakler, als Handelsrichter, als Geschworener, als Zeuge usw.

Wenn demgemäß die gewerbsmäßige Tätigkeit eines Kaufmanns auf Anm. 11.
einen bestimmten Geschäftszweig gerichtet ist, so folgt daraus noch nicht, daß Geschäfte, die außerhalb dieses Geschäftszweigs liegen, als zu seinem Handelsgewerbe gehörig nicht angesehen werden. Ausdrücklich ausgesprochen ist dies im Abs. 2 unseres Paragraphen für die Handelsgrundgeschäfte des § 1: Wenn diese auch nicht derart abgeschlossen werden, daß sie selbst die Grundlage eines Gewerbes bilden, sondern im Betriebe eines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes, so sind sie doch Handelsgeschäfte. Das gleiche gilt aber für die Handelsgrundgeschäfte nach § 2: wenn irgend Geschäfte, welche die Grundlage eines Handelsgewerbes nach § 2 bilden können, abgeschlossen werden im Betriebe eines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes, so sind sie ebenfalls Handelsgeschäfte. Und endlich gilt das gleiche von den zahlreichen Geschäften, die ihrer Natur nach überhaupt nicht geeignet sind, die Grundlage eines Handelsgewerbes zu bilden, die vielmehr nur als Hilfs- oder Nebengeschäfte vorkommen, wie Zahlungsempfangnahmen, Kündigungen, Engagierung von Personal, Mietung eines Ladens usw.

Für alle diese Geschäfte gilt der Grundsatz: Solange ein, wenn auch entfernter Anm. 12.
Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb besteht, insbesondere die Absicht, dem Gewerbebetriebe förderlich zu sein, liegt die Zugehörigkeit zum Gewerbebetriebe, also die Eigenschaft als Handelsgeschäft vor (RG. 28, 315; Bolze 13 Nr. 259; 15 Nr. 215, 216; 19 Nr. 319). Wenn ein Eisenwarenhändler z. B. gelegentlich einmal ein Grundstücksgeschäft gegen Entgelt vermittelt, so ist das ein Handelsgeschäft, weil er dadurch Geld verdient und so (§ 344) die Verhältnisse seines Gewerbebetriebes fördern will. Dasselbe gilt, wenn ein Glaswarenhändler in Aktien spekuliert (JW. 04, 496[26]).

Wie weit die Judikatur dieses Prinzip aufgefaßt hat, beweisen die Urteile des RG. 19, Anm. 13
123; 38, 240; 30, 191, wonach die Annahme der Stelle als Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft, Lotteriespiel und klaglose Differenzgeschäfte als zum Handelsbetrieb gehörig betrachtet werden.

b) Auch die sogenannten Vorbereitungsgeschäfte gehören dazu. Denn auch sie Anm. 14.
gehören zum Gewerbebetriebe. Wer die Absicht hat, durch eine unbegrenzte Reihe von Geschäften ein Handelsgewerbe zu betreiben, betreibt es in dem Augenblicke, in dem er das erste Geschäft vornimmt, welches dazu dient, diese Absicht zu verwirklichen. Wer z. B. einen Kleiderwarenhandel betreiben will, betreibt ihn, wenn er in dieser Absicht den ersten Posten Ware einkauft, ja sogar schon dann, wenn er das erste dazu erforderliche Hilfsgeschäft vornimmt, z. B. einen Kommis engagiert oder einen Laden zu diesem Zweck mietet. Es ist bereits in Anm. 10a zu § 1 hervorgehoben, daß schon das erste Geschäft einen Bestandteil des Gewerbebetriebes bildet (so auch Behrend § 28; Förtsch Anm. 2 zu Art. 273; Bolze 19 Nr. 317: Engagement eines Gewerbegehilfen; RGSt. 27, 227: Anschaffung des ersten Warenpostens zum Zwecke der Weiterveräußerung (OLG. Hamm 3. 10. 03 in OLGR. 7, 386: Die Ausbedingung einer Vertragsstrafe zur Sicherung der Bierbezugspflicht für ein später in Betrieb gesetztes Hotel; aber nicht die Vergebung von Vorarbeiten zu einer nie ins Leben getretenen Personenbeförderungsanstalt (JW. 86, 75[17]).

Bei Handelsgewerben nach § 2 liegt die Sache allerdings anders. Hier besteht vor Anm. 15
der Eintragung ein Handelsgewerbebetrieb nicht (ebenso bei Handelsgewerben nach § 3 Abs. 2).

Digitized by Google

§ 343. c) Zweifelhaft ist die Natur des Geschäfts, wenn es zum Teil zu dem Zwecke des
Anm. 16. Handelsbetriebes, zum Teil zu Privatzwecken kontrahiert wurde, so z. B. wenn eine Quantität Kohlen zum Teil zur Heizung des Ladens, zum Teil für den Hausbedarf gekauft wird. Man ist versucht, zu sagen, daß derjenige Teil entscheidet, welcher überwiegt. Allein es ist dies nicht zutreffend, und überdies versagt diese Entscheidung, wenn genau die Hälfte für jeden Zweck bestimmt ist. Es ist davon auszugehen, daß das ganze Geschäft in solchem Falle als Handelsgeschäft zu betrachten ist, weil im Konflikt zwischen dem freieren und dem engherzigen Gesetze das erstere vorgeht und die Vorschriften des HGB. die des Zivilrechts überwinden (Art. 2 EG. z. HGB.).

Anm. 17. d) Die Feststellung der Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe erübrigt sich in den meisten Fällen durch die im § 344 Abs. 1 aufgestellte Vermutung und die im § 344 Abs. 2 aufgestellte Fiktion. Hierüber zu § 344.

Anm. 18. 2. **Eines Kaufmanns** Geschäfte müssen es sein. Dieses Begriffsmerkmal ist ein Pleonasmus. Denn wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann. Gehören die Geschäfte zum Betriebe eines Handelsgewerbes, so sind es die Geschäfte eines Kaufmanns. Und das gleiche gilt bei der Vermutung des § 5: Gilt ein Gewerbe als Handelsgewerbe wegen der Firmeneintragung seines Inhabers, so gilt derselbe auch als Kaufmann. Besondere Erörterungen lassen sich daher an den Begriff Kaufmann hier nicht knüpfen; vielmehr ist auf die an den Begriff „Handelsgewerbe" geknüpften Ausführungen in Anm. 4—8 zu verweisen. Jedoch ist der hier fragliche Ausdruck insofern von Bedeutung, als ein Kaufmann, der sein Geschäft verkauft hat, die Kaufmannseigenschaft noch besitzt, solange er das Geschäft fortbetreibt (JW. 99, 494[32]; s. a. unten Anm. 26 u. § 1 Anm. 25); ebenso wie der Gemeinschuldner die Kaufmannseigenschaft behält, sofern er, abgesehen von der Konkursmasse, daneben gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt (Gruch. 29 Nr. 101, 987). Selbst eine öffentliche Anstalt kann den Bankiercharakter und damit die Kaufmannseigenschaft haben (JW. 00, 273[5]).

Anm. 19. 3. **Geschäfte** müssen es sein, und zwar Rechtsgeschäfte (Anm. 1 u. 2 zu § 344; auch Cosack § 9). Dazu gehören aber nicht bloß Verträge und Vorverträge, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte (Offerten, Kündigungen, Mängelanzeigen), Unterlassungen (vgl. § 346); auch unentgeltliche Geschäfte sind nicht ausgeschlossen (unten Anm. 28). Unerlaubte Handlungen aber, z. B. der Mißbrauch einer fremden Firma gehören nicht dazu (Cosack § 9 I), es sei denn, daß sie gleichzeitig den Charakter von Rechtsgeschäften aufweisen.

Über die Doppelbedeutung des Wortes „Geschäft" im Sinne von Rechtsgeschäft und im Sinne der äußeren Erscheinungsform kaufmännischer Tätigkeit (Handelsniederlassung) RG. 26, 163; § 1 Anm. 32.

Anm. 20. 4. Daß die Tatbestandsmomente des Handelsgeschäfts im Einzelfalle erkennbar sein müssen, damit ein Handelsgeschäft vorliege, ist nur insofern richtig, als erkennbar sein muß, daß der das Geschäft Abschließende ein Handelsgewerbe betreibt. Die Zugehörigkeit des Geschäfts zum Handelsbetriebe wird alsdann vermutet, bei Schuldscheinen sogar fingiert (§ 344). Übrigens müssen wir zur Vermeidung von Mißverständnissen an dieser Stelle bemerken, daß wir durch die Anerkennung der Erkennbarkeit nicht in Widerspruch geraten mit unseren Ausführungen in Anm. 12 u. 30 zu § 1. Dort ist gesagt, daß der Begriff „Gewerbe" und der Begriff „Kaufmann" nicht voraussetzen, daß der Inhaber des Gewerbes als solcher dem Publikum gegenüber auftritt. Daran ist festzuhalten: wer in der Absicht fortgesetzter Gewinnerzielung eine unbegrenzte Reihe von Handelsgrundgeschäften schließt, betreibt ein Handelsgewerbe, auch wenn weder die Gewinnabsicht, noch die Tatsache der fortgesetzten Geschäftsabschlüsse dem Publikum erkennbar wird. Aber das einzelne von ihm geschlossene Geschäft ist nur dann ein Handelsgeschäft, wenn die Tatsache des Handelsgewerbes für den betreffenden Gegenkontrahenten erkennbar hervortritt.

Zur Erkennbarkeit genügt aber schon die Eintragung in das Handelsregister. Ob der Gegenkontrahent im Einzelfalle die Tatsache des Handelsgewerbebetriebes wirklich erkannt hat, ist dann gleichgültig.

Digitized by Google

5. **Alle Geschäfte eines Kaufmanns** sind Handelsgeschäfte. Das Gesetz macht also gar keine Ausnahme. Insbesondere ist die wichtige Ausnahme des bisherigen Rechts fortgefallen, wonach Verträge über **unbewegliche Sachen** keine Handelsgeschäfte waren (Art. 275; unten Anm. 22). Absolute Nichthandelsgeschäfte gibt es hiernach nicht mehr. Vielmehr sind ausnahmslos alle Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, Handelsgeschäfte. **§ 343.** Anm. 21.

III. **Beispiele.** Eigentlich ist es nach dem eben Gesagten, da alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zu seinem Handelsbetriebe gehören, ausnahmslos Handelsgeschäfte sind, überflüssig, Beispiele aufzuzählen. Gleichwohl soll eine solche Aufzählung erfolgen. Sie waren im früheren Recht von Nutzen und dürften auch jetzt nicht unwillkommen sein. Anm. 22.

a) Zunächst ist zu erwähnen, daß nunmehr auch **Grundstücksgeschäfte** Handelsgeschäfte sein können; Anm. 20. Denn Art. 275 ist, wie gesagt, fortgefallen. Zwar können sie, wie im früheren Recht, nicht reine Handelsgeschäfte nach § 1 sein, da keines der im § 1 aufgezählten Handelsgrundgeschäfte unbewegliche Sachen zum Gegenstand hat. Aber der Wegfall des Art. 275 bewirkt, daß sie nunmehr hypothetische Handelsgrundgeschäfte nach § 2 sein können und ferner, daß sie Hilfs- und Nebengeschäfte des Handelsbetriebes, also akzessorische Handelsgeschäfte sein können. So sind die Mietung eines Ladens oder Hotels, der Kauf eines Fabrikgrundstücks durch einen Fabrikanten, die Veräußerung von Grundstücken seitens eines in das Firmenregister eingetragenen Grundstücksspekulanten (RG. 38, 18), die Übernahme eines Baues in Entreprise durch einen in das Firmenregister eingetragenen Bauunternehmer, die Geschäfte einer eingetragenen Ziegelei (RG. 50, 154), einer eingetragenen Tiefbohrunternehmung (RG. 60, 80) Handelsgeschäfte. Dabei ist aber hinzuzufügen, daß der Kauf einer unbeweglichen Sache zwar ein Handelsgeschäft sein kann, aber nicht ein Handelskauf nach §§ 373 ff. Und ferner ist zu bemerken, daß schwerere Formvorschriften für die Veräußerung unbeweglicher Sachen auch nach dem neuen Recht bestehen (vgl. zu § 350), und daß diese auch dann gelten, wenn der Veräußerungsvertrag ein Handelsgeschäft ist, so daß in dieser Hinsicht durch die Möglichkeit, daß die Verträge über unbewegliche Sachen Handelsgeschäfte sein können, eine größere Freiheit in der Umsatzfähigkeit wohl kaum eingetreten sein wird. Hierüber § 2 Anm. 3; über die Vermittelung von Hypotheken und Grundstückskäufen Erk. vor § 93 Anm. 1. Lit.: Dinge, Das Verhalten des neuen HGB. z. Immobiliarverkehr, Diss. Berlin 04; Wellmann, Die Anwendung der Sätze des neuen HGB. auf Grundstücke, Diss. Erlangen 04.

b) Sodann ist das Beispiel hervorzuheben, welches der frühere Art. 273 Abs. 2 erwähnte: Handelsgeschäfte sind insbesondere die **Anschaffungen**, welche im Handelsbetriebe zur Benutzung oder zum Verbrauch erfolgen. Im einzelnen gehören hierher: Die Anschaffung der Kontoreinrichtung, des Geschäftsinventars, des Brenn-, Schreib- und Beleuchtungsmaterials, der Handlungsbücher, der Transportmittel für die Ware, des Verpackungsmaterials; die Anschaffung von Gegenständen zur Ausstattung einer Restauration (ROHG. 10, 243) oder zur Möblierung von Hotelräumen (ROHG. 22, 329), auch von Baumaterialien, welche in einem Geschäftslokal verwendet werden sollen (der Umstand, daß es sich hierbei um eine unbewegliche Sache handelt, ist gleichgültig). Die Anschaffung kann auch durch Miete erfolgen, oder auch durch Leihe, da die Entgeltlichkeit nicht Voraussetzung jedes einzelnen Geschäfts ist (ROHG. 19, 354). Anm. 23.

c) Was die Eingehung von **Gesellschaftsverträgen** betrifft, so herrscht darüber Einigkeit, daß die Aufnahme eines stillen Gesellschafters, eines Kommanditisten, die Eingehung einer Gelegenheitsgesellschaft, die Aktienzeichnung (§ 189 Anm. 24), die Beteiligung als Gründer einer Aktiengesellschaft akzessorische Handelsgeschäfte sein können (Behrend § 28). Streitig aber ist die Frage, ob auch die Eingehung einer o. H. G. als solches betrachtet werden kann. Schließen zwei Personen, die bereits Kaufleute sind, eine o. H. G., so ist dies ebensowohl ein akzessorisches Handelsgeschäft, wie wenn ein Kaufmann einen Nichtkaufmann in sein Geschäft als Gesellschafter aufnimmt, oder wenn zwei Kaufleute eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts schließen (Bolze 5 Nr. 726). Die Meinungsverschiedenheit gilt also nur der Frage, ob die Eingehung einer Anm. 24.

Digitized by Google

§ 343. o. H. G. an sich — wenn also die Vertragschließenden nicht schon aus anderen Gründen Kaufleute sind — als zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehörig zu betrachten ist. Diese Frage ist zu verneinen: Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages ist so anzusehen, wie der Entschluß einer einzelnen Person, ein Handelsgewerbe zu betreiben. Erst die Betätigung dieses Entschlusses durch Abschluß des ersten Vorbereitungsgeschäfts ist das erste Handelsgeschäft, nicht schon jener Entschluß (desgleichen Hahn § 8 zu Art. 273; anders Behrend § 28).

Anm. 25. Dagegen ist die Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft ein akzessorisches Handelsgeschäft; sie gehört zu den letzten Betriebsakten (ROHG. 12, 368; Bolze 5 Nr. 424).

Anm. 26. d) Ob auch der Erwerb und die Veräußerung eines ganzen Handelsgeschäfts (§ 22 Anm. 4ff.) ein Handelsgeschäft ist, ist zweifelhaft. Behrend (135) erblickt darin mit Recht ein beiderseitiges Handelsgeschäft, auf seiten des Veräußerers regelmäßig den letzten Akt seiner gewerblichen Tätigkeit (hierüber JW. 99, 494[32]; 03, 63[3] und § 1 Anm. 25), auf seiten des Erwerbers das erste Handelsgeschäft, das seinen Handelsbetrieb ermöglichen soll und daher zum Handelsbetrieb als Vorbereitungsgeschäft gehört (ROHG. 11, 149; RG. v. 29. 9. 81; Puchelt-Förtsch Art. 318 Anm. 3g; oben Anm. 14; dagegen OLG. Hamburg OLGR. 6, 118. Über die Veräußerung durch den Konkursverwalter § 25 Anm. 1. Über die Stempelfrage § 22 Anm. 38).

Anm. 27. e) **Weitere Beispiele sind:** Die in § 1 abgehandelten Handelsgrundgeschäfte, wenn sie einzeln vorgenommen werden (vgl. § 343 Abs. 2) — die Engagementsverträge mit Handlungsgehilfen (ROHG. 11, 57), mit Lehrlingen (ROHG. 14, 19), mit technischen Gewerbegehilfen (ROHG. 11, 387; 17, 30; Bolze 19 Nr. 317; RG. 1, 268); Engagement eines Zeitungsredakteurs (BuschA. 13, 40 Nürnberg), einer Sängerin für ein Café chantant (BuschA. 21, 361 Nürnberg) — Darlehen und sonstige Kreditgeschäfte: Darlehnshingabe (ROHG. 1, 217; 7, 226); Darlehnsempfang (ROHG. 3, 367; 14, 282); Gewährung oder Prolongation eines kaufmännischen Kredits (ROHG. 5, 110) — Geben und Nehmen von Wechseln (RG. 9, 50) — Versicherungsverträge, soweit sie nicht schon Handelsgrundgeschäfte nach § 1 Nr. 3 sind: das Nehmen der Versicherung durch einen Kaufmann, das gegenseitige Versichern unter Kaufleuten (ROHG. 4, 199; 5, 18; RG. 12, 25); auch das Nehmen einer Leibrentenversicherung (RG. 28, 316); — die Verstärkung von Verträgen: durch Anerkennung, auch wenn die anerkannte Schuld kein Handelsgeschäft ist (ROHG. 17, 170; Bolze 7 Nr. 366); durch Abrechnung zwischen Kaufleuten über das Ergebnis der für gemeinschaftliche Rechnung geführten Handelsgeschäfte (ROHG. 7, 58, aber nicht, wie diese Entscheidung annimmt, wenn die Parteien zur Zeit der Abrechnung nicht mehr Kaufleute sind); die Pfandbestellung; insbesondere aber die Bürgschaft. Diese kann auf einer Seite oder auch auf beiden Seiten Handelsgeschäft sein, sie ist es immer dort, wo sie den Handelsbetrieb fördern soll (RG. 1, 25), auf seiten des Bürgen insbesondere dann, wenn er eine Vergütung erhält (ROHG. 13, 108), aber nicht, wenn die Verbürgung lediglich aus verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Rücksichten geschieht (ROHG. 15, 388; JW. 93, 24). Auch die Verbürgung eines Nichtkaufmanns gegenüber einem Kaufmann kann Handelsgeschäft sein (RG. 29, 20; 32, 171). Die Verbürgung kann auch dann Handelsgeschäft sein, wenn das Hauptgeschäft kein Handelsgeschäft ist, wenn nur die Bürgschaft zum Betrieb des Handelsgewerbes gehört, so z. B. wenn ein Kaufmann für die Schulden aus einem von einem Nichtkaufmann abgeschlossenen Geschäft die Bürgschaft übernimmt (JW. 93, 24). Dagegen ist umgekehrt die Bürgschaft nicht Handelsgeschäft und daher nicht notwendig formfrei, wenn die Hauptschuld ein Handelsgeschäft ist, nicht aber die Bürgschaft auf Seite des Bürgen (vgl. ROHG. 5, 367; OLG. Stuttgart in ZHR. 40, 485) — Übernahme des Geschäfts durch einen Gesellschafter auf Grund des Auseinandersetzungsvertrages (ROHG. 12, 368) sowie die Abrechnung (ROHG. 7, 57) und Übernahme von Verpflichtungen aus einer solchen Auseinandersetzung (JW. 93, 140[25]); Forderungsabtretung (JW. 97, 88), auch von Hypotheken (ROHG. 3, 432), Erwerb von Patentrechten, Annahme von Anweisungen, Auf-

Digitized by Google

trag und Vollmacht (vgl. RG. 26, 108; JW. 88, 170[16]); ein Erbschaftskauf (RG. 11. 2. 01; JW. 01, 261[29]); Übernahme einer Agentur (ROHG. 23, 148; Theateragentur und Gesindevermietung § 1 Anm. 77); Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (ROHG. 10, 428); Aktienzeichnung § 189 Anm. 24; Gründung, auch wenn Immobilien dabei eingebracht werden, was nach neuem Recht überhaupt kein Hindernis für das Vorliegen eines Handelsgeschäfts ist (oben Anm. 22); Insertionsverträge; Patentlizenzverträge; Schiedsverträge (ROHG. 23, 259); die sog. Möbelleihverträge, auch Gesellschaftsverträge (vgl. oben Anm. 24), selbst wenn es sich um solche bürgerlichen Rechts handelt; Lotteriespiel (RG. 30, 191); Differenzgeschäfte (38, 240); auch die Prozeßführung (vgl. § 17 Anm. 24ff.); auch Zahlung und Annahme von Zahlungen (Ansprüche aus Zahlungen, condictio indebiti, unterliegen daher der Verzinsungsvorschrift der §§ 352 Satz 1, 353 HGB.; Verkauf eines Hotelinventars (JW. 99, 676[15]); Inkassogeschäfte § 2 Anm. 3. **§ 343.**

Auch freigebige Verfügungen können Handelsgeschäfte sein: Annahme der Stellung als unbesoldetes Aufsichtsratsmitglied (RG. 19, 123); selbst Schenkungen, z. B. Versprechen der Nachzahlung nach abgeschlossenem Akkorde (ROHG. 16, 184; RG. 6, 228; Bolze 6 Nr. 458; Holdheim 04, 128); oder nach abgelaufener Verjährung (Bolze 4 Nr. 463); Verzichte (RG. 29, 11); belohnende Schenkungen (Bolze 8 Nr. 311, 14 Nr. 256; RG. 29, 11; JW. 90, 206[15]); oder sonstige Schenkungen (RG. 26, 19), z. B. Trinkgelder an den Überbringer von Waren; Weihnachtsgeschenke an Handlungsgehilfen oder z. B. an Dienstboten der Kunden und andere Geschenke an die Handlungsgehilfen, z. B. Erlaß einer Darlehnsforderung an den Prokuristen (Bolze 12 Nr. 270); auch die Annahme von Schenkungen (Bolze 19 Nr. 320); nicht auch die Schenkung auf den Todesfall (RG. 18, 49). Eine Freigebigkeit kann auf der einen Seite ein Handelsgeschäft sein, auf der anderen nicht, z. B. ein Onkel hinterläßt seinem Neffen, der Kaufmann ist, eine Schuld; hier liegt auf seiten des Beschenkten ein Handelsgeschäft vor. Anm. 28.

Endlich gehören dazu nicht nur Vertragsgeschäfte, sondern auch Quasikontrakte, z. B. Geschäftsbesorgung ohne Auftrag; auch die Offerte mit ihren Wirkungen (ROHG. 10, 236); Zusendungen, An- und Abnahme (ROHG. 10, 236); Vorbehalte (Bolze 9 Nr. 198); Rat, Empfehlung und Auskunftserteilung (RG. 20, 194). Anm. 29.

Nicht gehören dazu: Anschaffungen für den Haushalt und sonstigen Privatgebrauch, sowie Rechtsgeschäfte aus Beweggründen der Verwandtschaft oder Freundschaft, Geschäfte des Familien- und Erbrechts (vgl. Anm. 3 § 344), der Detektivbureaus (JW. 06, 256[7]). Anm. 30.

Zusatz: Übergangsfrage. Ob ein Geschäft Handelsgeschäft ist, richtet sich nach dem Recht, welches zur Zeit des Geschäftsabschlusses gilt (RG. 60, 81 und RG. 31. 3. 05 in Gruchot 50, 95). Anm. 31.

§ 344.

Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. § 344.

Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegentheil ergiebt.

Lit.: Wolff in ZHR. 47, 247 ff.

Der Paragraph stellt zwei Vermutungen für die Zugehörigkeit der Rechtsgeschäfte eines Kaufmannes zum Handelsbetriebe auf: für seine Rechtsgeschäfte im allgemeinen (Abs. 1) und für seine Schuldscheine insbesondere (Abs. 2). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gehören im Zweifel zum Betriebe seines Handelsgewerbes.**

a) **Ein Kaufmann** muß die Rechtsgeschäfte vorgenommen haben. Die Kaufmannseigenschaft muß also feststehen, d. h. es muß unbestritten sein oder bewiesen werden, daß der Ver- Anm. 1.

Digitized by Google

§ 344. tragschließende zur Zeit des Abschlusses ein Handelsgewerbe betrieb (ROHG. 15, 27). Für diese Feststellung sind die §§ 1, 2, 3 u. 5 in derselben Weise maßgebend, wie in § 343 (vgl. Anm. 4—8 § 343). Auch für Minderkaufleute gilt die Vermutung des vorliegenden Paragraphen (Anm. 28 § 4). Handelt der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, so muß, damit die Vermutung dieses Paragraphen Platz greife, feststehen, daß er für die Gesellschaft gehandelt hat (ROHG. 16, 380). Denn die Vermutung gilt nur für die Handelsgesellschaft selbst, eine Vermutung dafür aber, daß der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für diese handelt, besteht nicht (ROHG. 13, 288; 18, 227), weshalb auch ein Gesellschafter gegen den andern eine solche Vermutung nicht hat (Behrend § 29 Anm. 5). Näheres s. Anm. 17 § 126; daß der Vorstand einer AG. nicht Kaufmann ist, JW. 90, 70[6].

Anm. 2. b) **Auf die Rechtsgeschäfte** eines Kaufmanns bezieht sich die Vermutung, ohne Rücksicht darauf, ob der Kaufmann neben seinem Handelsgewerbe noch ein Handwerk betreibt (JW. 87, 275[19]). Über diesen Begriff s. Anm. 19 § 343 (insbesondere ob auch einseitige Handlungen, Unterlassungen, unerlaubte Handlungen usw. dazu gehören). Wie weit die Praxis dies ausdehnt, darüber s. die Beispiele zu § 343 (Anm. 22ff. daselbst).

Anm. 3. c) **Im Zweifel** gilt die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe. Damit ist eine durch Gegenbeweis widerlegbare Vermutung, eine praesumtio juris aufgestellt, die auch durch die CPO. bestätigt ist (§ 292 CPO.). Das Geschäft ist solange als zum Handelsbetriebe gehörig zu betrachten, bis der Gegenbeweis geführt wird (Bolze 8 Nr. 310). Des Gegenbeweises bedarf es nicht, wenn die Sachlage schon an sich keinen Zweifel darüber zuläßt, daß das Geschäft dem Handelsgewerbe nicht zugehört (RG. 28, 315). Es fällt nämlich die Präsumtion nicht schon dann fort, wenn das Geschäft keine sichtbare Beziehung zum Handelsgewerbe hat, sondern erst dann, wenn das Geschäft offensichtlich keine Beziehung zum Handelsgewerbe hat (RG. 28, 315; JW. 01, 261[29]); im Gegenteil: für den ersteren Fall, daß keine sichtbare Beziehung zum Handelsgewerbe vorliegt, ist die Präsumtion gerade gegeben; wenn die Beziehung sichtbar ist, bedarf es keiner Präsumtion; es bedarf ihrer, wenn die Beziehung nicht sichtbar ist, und sie ist ausgeschlossen, wenn die Nichtbeziehung sichtbar ist (RG. 29, 13; JW. 02, 188[29]). Daß ein unentgeltliches Geschäft vorliegt, ist kein geeigneter Gegenbeweis; denn auch Liberalitäten können zum Handelsbetriebe gehören (Anm. 28 § 343). Auch daß ein im Handelsbetriebe ungewöhnliches Geschäft vorliegt, beseitigt die Vermutung nicht (RG. 23. 5. 89, Gruch. 33, 1042; JW. 89, 289[20]; 01, 261[29]). Beispiele für den Wegfall der Präsumtion: offensichtlicher Kauf für den Haushalt oder für den Privatgebrauch, z. B. Bestellung einer Beleuchtungsanlage für das Wohnhaus; Engagierung eines Hausarztes; Bürgschaft aus verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Rücksichten (Anm. 27 § 343), Schuldübernahme, um den Sohn vor Strafanzeige zu schützen (RG. 51, 120); Verträge des Familien- und Erbrechts, Schenkungen von Todeswegen (RG. 18, 49), aber nicht Schenkungen unter Lebenden (RG. 26, 20; JW. 02, 398[32]). Dagegen werden Lebensversicherungsverträge sehr häufig auch im Betriebe des Handelsgewerbes geschlossen; bei Kreditbewilligungen ist der Abschluß einer Lebensversicherung des Schuldners oder seiner Ehefrau sehr oft eine der geforderten Sicherheiten, so daß die Entscheidungen RG. 11, 237, Bolze 2 Nr. 710, die anscheinend Gegenteiliges annehmen, nur mit Vorsicht anzuwenden sind. Bei Leibrentenverträgen ist die Beziehung zum Handelsbetriebe schon seltener, aber auch nicht ausgeschlossen (anscheinend anders RG. 28, 315).

Die Beziehung zum Handelsgewerbe ist sichtbar, wenn der Anspruch aus dem handelsgeschäftlichen Verkehr mit der Firma selbst entstanden ist. Für Ansprüche andern Ursprungs wird diese Beziehung offenbar durch Eintragung in die Bücher oder sonst schlüssige Umstände (vgl. ROHG. 8, 42).

Anm. 4. Der erforderliche Gegenbeweis kann durch jedes zulässige Beweismittel geführt werden, auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen (§ 292 CPO.). Ob er geführt ist, darüber entscheidet freies richterliches Ermessen, für welches die Art und Beschaffenheit der veräußerten Gegenstände und die Natur des vom Verkäufer betriebenen

Digitized by Google

Gewerbes von Bedeutung ist (ROHG. 4, 51; RG. 29, 13; JW. 93, 163[23]). Der Gebrauch des von der Firma abweichenden Namens ist nicht ausschlaggebend (unten Anm. 12). **§ 344.**

d) **Die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe** ist ein in Anm. 9ff. § 343 erörterter Begriff. Soweit nach § 343 die Zugehörigkeit möglich ist, soweit wird sie nach § 344 vermutet, wenn der konkrete Sachverhalt nicht entgegensteht (Bolze 13 Nr. 259); also vermutet bei Verzicht auf Vertragsstrafe, selbst wenn der Anspruch aus einem Nichthandelsgeschäft herrührt (RG. 29, 11); bei Annahme eines Fabrikmeisters ROHG. 11, 387, eines Kassierers ROHG. 6, 195, in letzterem Falle sind daher Ansprüche aus der Kassenführung Forderungen aus Handelsgeschäften. Selbst Verträge zur Sicherstellung von Kindern werden von der Vermutung des § 344 getroffen (JW. 91, 556[18]). Das gilt auch insbesondere von Geschäften, die außerhalb des Kreises von Handelsgeschäften liegen, auf welche der Gewerbebetrieb zunächst gerichtet ist (RG. 28, 315; Bolze 15 Nr. 215 u. 216; z. B. Spekulationen eines Glaswarenhändlers in Elektrizitätsaktien JW. 04, 496[26]; weiteres Anm. 9ff. § 343). Anm. 5.

e) **Die Vermutung gilt für und gegen jedermann,** insbesondere nicht nur gegen den Kaufmann, sondern auch für ihn (Behrend § 29 am Schlusse), für und gegen den Gegenkontrahenten. Dem Gegenkontrahenten, der sich auf sie beruft, muß der Gegenbeweis dahin geführt werden, daß ihm im Augenblicke des Vertragsschlusses die Nichtzugehörigkeit zum Handelsbetriebe bekannt oder doch erkennbar gewesen ist (ROHG. bei Puchelt Anm. 9 zu Art. 274; Behrend § 29 Anm. 11). Eine Erkundigungspflicht besteht für den Gegenkontrahenten nicht (Goldschmidt § 58 Anm. 9). Anm. 6.

Auch bei Anwendung anderer gesetzlicher Bestimmungen ist die Vermutung von Bedeutung, so z. B. bei der Verjährungsbestimmung des § 196 Nr. 1 BGB., wie früher Art. 274 beim Verjährungsgesetze für Preußen § 1 Nr. 1 von Bedeutung war (ROHG. 12, 233; 14, 256; 15, 38; RG. 5, 274); jetzt auch für das preußische Einkommensteuergesetz, auch für § 1405 BGB. (Zugehörigkeit zum Handelsbetrieb einer Ehefrau, Allg. Einl. Anm. 44), auch für Anwendung des § 25 und für die Frage nach dem Umfange der Veräußerung eines Geschäfts (Anm. 11 § 25, Anm. 24 u. 29 § 22). RG. 59, 215; JW. 05, 56[34]. Anm. 7.

2. (Abs. 2.) **Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus ihnen selbst das Gegenteil ergibt.** Anm. 8.

a) **Eines Kaufmannes** Schuldscheine müssen es sein; oben Anm. 1. Hier muß die Kaufmannseigenschaft zur Zeit der Ausstellung bestehen. Wenn ein unter § 2 fallender Gewerbetreibender vor der Eintragung einen Darlehnsschuldschein zeichnet und begibt und nach seiner Eintragung das Darlehn erhält, so findet § 344 Abs. 2 keine Anwendung (Wolff ZHR. 47, 219); unten Anm. 12.

b) **Gezeichnet** müssen sie von ihm sein, aber nicht gerade handschriftlich, auch Faksimilierung und Unterstempelung können genügen (Behrend § 29 Anm. 16), soweit dies nach dem Gesetze überhaupt zur Gültigkeit genügt. Auch die von einem berechtigten Vertreter gezeichneten Schuldscheine fallen darunter. Die §§ 126, 127, 793 Abs. 2 und 164 BGB. sind maßgebend (vgl. Erl. zu § 350).

c) **Die Schuldscheine.** Dieser Begriff ist hier in der weitesten Bedeutung zu nehmen. Er umfaßt alle Urkunden, die ein Verpflichtungsbekenntnis enthalten, gleichviel, ob in denselben der Schuldgrund angegeben ist oder nicht, ob sie einen Schuldgrund schaffen oder ihn nur beweisen (JW. 01, 576[14]; Behrend § 29 Anm. 15; Wolff ZHR. 47, 248; hinsichtlich der Beweisurkunden anders Hahn § 5 Art. 274), ob sie über eine schon fällige oder über eine befristete oder bedingte Schuld, ob sie nur über eine Schuld oder zugleich über eine gegenüberstehende Forderung oder die Einräumung eines andern als eines obligatorischen Rechts lauten — Schuld und Pfandscheine (vgl. Wolff in ZHR. 47, 249 mit Literaturangaben), ebenso die Urkunde, durch welche eine Hypothek bestellt wird. Anm. 9.

Im einzelnen gehören hierher: Schuldurkunden mit Schuldgrund (ROHG. 2, 429; 3, 367; 12, 111); Wechsel (ROHG. 4, 35; 9, 174), und zwar sowohl die Akzeptierungen als auch die Ausstellungen und das Giro: Verpflichtungsscheine (ROHG. 8, 431), Bürgschaftsscheine Anm. 10.

Digitized by Google

§ 344. (ROHG. 9, 174), selbst solche, die eine künftige Forderung sicherstellen sollen (Behrend § 29 Anm. 15 gegen ROHG. 20, 400); Konnossemente; Lager- und Ladescheine (ROHG. 8, 410); Darlehns- u. Hinterlegungsscheine (RG. 59, 213); Schlußzettel; Abrechnungen; Anerkenntnisse von Abrechnungen, z. B. das schriftliche Anerkenntnis eines Kontokorrents durch einen Restaurateur (ROHG. bei Puchelt Anm. 10 zu Art. 274); Provisionsscheine; Engagementsbriefe: auch Briefe, welche außerdem einen andern Inhalt haben (Goldschmidt 507).

Anm. 11. Nicht hierher gehören: Vermerke in den Handelsbüchern; Quittungen, da diese den Gegensatz zu den Schuldscheinen bilden (Goldschmidt 507); doch sind Quittungen wohl zu unterscheiden von denjenigen Empfangsbekenntnissen, welche, wie der Darlehnsschuldschein oder der Hinterlegungsschein, die Übernahme einer Verpflichtung begründen oder beweisen.

Anm. 12. d) **Sie gelten als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig, wenn sich nicht aus ihnen selbst das Gegenteil ergibt.** Es liegt eine (gleichfalls durch § 292 CPO. aufrechterhaltene) praesumtio juris et de jure insofern vor, als der Inhalt des Schuldscheins selbst die Nichtzugehörigkeit zum Handelsgewerbe ergeben muß (Wolff ZHR. 47, 253). Das kann der Fall sein, wenn der in der Urkunde bezeichnete Schuldgrund kein dem Handelsgewerbe angehöriger ist, sondern der privaten Sphäre des Kaufmanns angehört, z. B. bei Anschaffung für den Haushalt, für den Betrieb der Landwirtschaft, zur Mitgiftbestellung, und dies im Schuldschein zum Ausdruck gebracht ist (ROHG. 2, 429; 9, 174). Die Nichtzugehörigkeit zum Handelsgewerbe wird aber dadurch nicht dargetan, daß der in der Urkunde nicht bezeichnete, ihr aber in Wirklichkeit zugrunde liegende Schuldgrund dem Handelsgewerbe nicht angehört; vielmehr sind die Schuldscheine des Kaufmanns ohne Schuldgrund infolge dieser Vorschrift stets als zum Handelsgewerbe gehörig zu betrachten, da sich aus ihnen niemals das Gegenteil ergeben kann (Puchelt Anm. 10 Art. 274). Auch dadurch kann die Nichtzugehörigkeit zum Handel nicht dargetan werden, daß der in der Urkunde angegebene nicht der wahre Schuldgrund ist, der wahre Schuldgrund aber dem Handelsbetriebe nicht angehört (ROHG. 12, 111), oder gar, daß der angegebene Schuldgrund Zweifel übrig läßt, wie z. B. Darlehn. Denn auch das Darlehn kann Handelsgeschäft sein (ROHG. 3, 367). Ist kein Schuldschein über das Darlehn ausgestellt, so kommt es auf den Zweck der Darlehnsaufnahme an; JW. 93, 310[19]. Ist dagegen ein Schuldschein ausgestellt, so ist der Beweggrund der Ausstellung unerheblich, weil sich nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes aus dem Inhalt des Scheins ergeben muß, daß er nicht im Betrieb des Handelsgewerbes gezeichnet ist (JW. 01, 576[14]); daher läßt sich die Vermutung des Abs. 2 § 344 nicht durch den Nachweis entkräften, daß dem Schuldschein klaglose Differenzgeschäfte, die dem Handelsgewerbe des Schuldners nicht angehören, zugrunde liegen; RG. 56, 196; JW. 04, 99[29]. Anders liegt die Sache, wenn dem Gläubiger bekannt war, daß durch die Zeichnung des Scheines eine Geschäftsverbindlichkeit nicht begründet werden sollte (RG. 56, 197). Daß der Kaufmann seinen von der Firma abweichenden bürgerlichen Namen gebraucht hat, ist ebenfalls kein ausreichender Gegenbeweis (ROHG. 2, 430; 14, 12 u. 210; Bolze 4 Nr. 466; 14 Nr. 492a; RG. 59, 214), kann jedoch ein Argument dafür bilden, um in Verbindung mit anderen — aus der Urkunde sich ergebenden — Tatsachen den Gegenbeweis zu begründen (ROHG. 14, 286; JW. 93, 203; 98, 15[18]; anders Wolff ZHR. 47, 250). Daß mit der Firma gezeichnet wurde, ist umgekehrt das gewöhnliche Merkmal dafür, daß für das Geschäft gehandelt wurde (ROHG. 14, 211; RG. 56, 197).

Anm. 13. e) **Auch diese Vermutung gilt gegen und für den Kaufmann,** gegen und für den Nehmer und den Dritten (Behrend § 29 am Schlusse), auch für den Zessionar (Behrend § 29 Anm. 17). — Auszudehnen ist die Anwendbarkeit der Fiktion des § 344 Abs. 2 auf sonstige Verhältnisse, in denen es sich um die Zugehörigkeit zum Gewerbebetriebe handelt, wie beim Übergang eines Handelsgeschäfts mit allen Passiven auf einen neuen Erwerber (näheres oben Anm. 7; § 25 Anm. 11; § 22 Anm. 24 u. 29; Wolff ZHR. 47, 255, 259ff.).

Anm. 14. f) **Mit Recht wird aber die Zulässigkeit einer exceptio doli dann angenommen,** wenn der Nehmer oder Erwerber des Schuldscheins beim Erwerbe gewußt hat, daß das Geschäft über

Digitized by Google

welches der Schuldschein gegeben ist, dem Handelsbetriebe nicht angehört) Behrend § 29 Anm. 18; Goldschmidt 676; Wolff ZHR. 47, 252; vgl. §§ 157 u. 242 BGB.; RG. 56, 197; anders Förtsch Anm. 10 zu Art. 274), nicht aber schon dann, wenn der Nehmer dies hätte wissen müssen, aber aus Nachlässigkeit nicht wußte, und ferner nicht schon dann, wenn der Nehmer beim Erwerbe gutgläubig war und erst nachher die Nichtzugehörigkeit erfahren hat (Wolff ZHR. 47, 252). § 344.

§ 345.

Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Theile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Theile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein Anderes ergiebt. § 345.

1. **Inhalt und Bedeutung des vorliegenden Paragraphen.** Ist das Geschäft auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft, d. h. sind beide Teile Kaufleute, so ist kein Zweifel darüber, daß die Vorschriften des 3. Buches auf beide Teile Anwendung finden. Desgleichen ist kein Zweifel darüber, daß bei einseitigen Handelsgeschäften die Vorschriften des 3. Buches auf den Anwendung finden, auf dessen Seite ein Handelsgeschäft vorliegt. Aber das Gesetz geht darüber hinaus und will — das ist der Inhalt und die Bedeutung des vorliegenden Paragraphen — auch bei einseitigen Handelsgeschäften die Vorschriften des 3. Buches regelmäßig auf beide Teile anwenden, und nur ausnahmsweise, wenn die Vorschrift eine gegenteilige Tendenz hat, nur auf denjenigen Kontrahenten, auf dessen Seite ein Handelsgeschäft vorliegt. Anm. 1.

2. Alles das gilt nicht nur von Verträgen, sondern von allen Rechtsgeschäften, von allen, bei denen überhaupt „zwei Teile" möglich sind, also insbesondere auch von Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind (Kündigungen, Mahnungen, Offerten). Anm. 2.

3. Die Regel des vorliegenden Paragraphen greift auch dann Platz, wenn das Geschäft **zufolge der Vermutung des § 344** auf der einen Seite als Handelsgeschäft gilt. Auch dann finden also regelmäßig die Vorschriften über Handelsgeschäfte auf beide Teile Anwendung. Anm. 3.

4. **Und endlich ist hervorzuheben, daß der Grundsatz des vorliegenden Paragraphen auf die ganze Rechtssphäre der Handelsgeschäfte nach Entstehung, Wirkung und Auflösung Anwendung findet,** so insbesondere auf Vollmachten, welche zu Handelsgeschäften erteilt werden, Genehmigungen, Anerkenntnisse (Bolze 5 Nr. 428, 429; RG. 4, 310). Nicht aber bezieht sich diese Erstreckung auf Bürgschaften oder sonstige Interzessionen; diese müssen aus selbständigen Gründen Handelsgeschäfte sein, um unter die Regel des vorliegenden Paragraphen zu fallen (ROHG. 2, 43; 20, 400; JW. 93, 23[45]). Anm. 4.

5. Die Folge der vorliegenden Vorschrift ist, daß, wenn ein Teil Kaufmann ist, die Vorschriften über Handelsgeschäfte regelmäßig auf beide Teile Anwendung finden. Denn Handelsgeschäfte sind die Geschäfte eines Kaufmanns. Die Kaufmannseigenschaft muß zur Zeit der Entstehung des Anspruchs nach dem damals geltenden Recht vorhanden gewesen sein (JW. 05, 169[7]). Anm. 5.

6. Der Hauptanwendungsfall dieses Paragraphen und der mit ihm in Verbindung stehenden Vorschrift des früheren Art. 277 war die durch Art. 317 ausgesprochene Formfreiheit aller Handelsgeschäfte. Dieser Anwendungsfall ist im neuen HGB. fortgefallen. Denn eine besondere Formfreiheitsvorschrift für Handelsgeschäfte ist jetzt nicht gegeben, weil schon das BGB. von der Regel der Formfreiheit der Verträge ausgeht. Diese Regel gilt nunmehr auch im Handelsrecht, freilich aber mit den Ausnahmen des BGB. (vgl. zu § 350). Anm. 6.

7. **Ausnahmevorschriften,** d. h. solche, bei denen das Gesetz sagt, daß die Vorschriften über Handelsgeschäfte nicht auf beide Teile Anwendung finden, sind z. B. die §§ 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352 Abs. 1, 353. Anm. 7.

Digitized by Google

§ 346.

§ 346. **Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.**

Lit.: Danz, Die Kunst der Auslegung, DJZ. 04, 659; Jakobsohn, Schweigen im Handelsverkehr, BankA. 3, 197; Förtsch, Sprache der Juristen usw. DJZ. 05, 15; Sontag, Die Geschäftsbedingungen im Verkehr der Banken, BankA. 3, 186; Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, 02; derselbe in DJZ. 03, 232.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich mit der Auslegung von Willenserklärungen.** Allein er behandelt die Materie nicht erschöpfend, auch nicht einmal für das Handelsrecht. Vielmehr sind die §§ 133 und 157 BGB. zur Ergänzung heranzuziehen. Dieselben lauten:

§ 133. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.

§ 157. Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Anm. 1. I. **Die §§ 133 und 157 BGB. sind die eigentliche sedes materiae für die Frage der Auslegung von Willenserklärungen, auch für das Handelsrecht.** Der § 346 HGB. tritt für diese Frage völlig in den Hintergrund. Der frühere Art. 279, an dessen Stelle § 346 HGB. getreten ist, hatte bahnbrechend gewirkt, indem er für Handelsgeschäfte ganz allgemein anordnete, daß bei der Beurteilung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Dieser Grundsatz ist nunmehr im § 157 BGB. für die Auslegung von Verträgen als Vorschrift des bürgerlichen Rechts zur Anerkennung gelangt; mit Recht wird er auf die Auslegung von Willenserklärungen überhaupt ausgedehnt (vgl. Allg. Einleitung Anm. 25). Die Vorschrift findet auch auf Handelsgeschäfte Anwendung, und der im Entwurfe des HGB. vorgeschlagene § 337 hatte dadurch seine Bedeutung verloren. Immerhin wäre er unschädlich gewesen und hätte nur für das Handelsrecht wiederholt zum Ausdruck gebracht, was das BGB. ganz allgemein für den Rechtsverkehr angeordnet hatte. Den Charakter absoluter Unschädlichkeit hat der Paragraph aber dadurch verloren, daß im letzten Augenblicke (in der Reichstagskommission) der Zusatz gemacht wurde „unter Kaufleuten". Denn nunmehr geht der Wortlaut des § 346 HGB. dahin, daß nur unter Kaufleuten die im Handelsverkehr geltenden Gebräuche zu berücksichtigen seien, nicht auch wenn ein Kaufmann mit einem Nichtkaufmann in Rechtsbeziehungen tritt. Will man dem § 346 seine Schädlichkeit nehmen, so muß man ihn gegen seinen Wortlaut, aber der offenbaren Absicht der gesetzgeberischen Faktoren gemäß dahin deuten, daß die im Verkehr unter Kaufleuten geltenden Gebräuche nur im Rechtsverkehr unter Kaufleuten zur Anwendung zu bringen sind. Damit drückt er allerdings etwas Selbstverständliches aus (unten Anm. 11), aber er ist doch wenigstens unschädlich und schraubt nicht das Handelsrecht hinter das bürgerliche Recht zurück.

In der folgenden Darstellung wird hiernach im wesentlichen von den §§ 133 und 157 BGB. ausgegangen.

Anm. 2. II. **Die Auslegung von Willenserklärungen auf Grund der §§ 133 und 157 BGB.**

1. **Nach § 133 BGB. ist der wahre Wille zu erforschen** und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, wie dies auch im Art. 278 des alten HGB. angeordnet war. Wenn hier angeordnet ist, daß der wirkliche Wille zu erforschen ist, so ist damit aber nur gemeint: der wirkliche Wille, soweit er erklärt ist (ROHG. 1, 22; RG. 21, 180; Bolze 9 Nr. 239). Soweit der Wille nicht erklärt ist, kommt zur Ergänzung § 157 BGB. zur Anwendung: Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (hierüber unten Anm. 4ff.). Bei der Beurteilung der Frage, was als Wille der Partei erklärt zu betrachten ist, ist zunächst selbstverständlich der Ausdruck in Betracht zu ziehen, durch

Digitized by Google

welchen die Parteien ihren Willen kundgegeben haben. Er ist das erste und vornehmste Mittel zur Erforschung des Willens. Ohne besonderen Anlaß ist vom Wortsinn nicht abzugehen (Bolze 4 Nr. 480; 5 Nr. 443), d. h. solange nicht, als nicht erkennbar von den Parteien etwas anderes gewollt ist (JW. 93, 429; RG. bei Gruch. 38, 1135), wenn es auch zu weit geht, anzunehmen, daß sich der Richter an den Wortlaut solange halten müsse, als derselbe irgend einen verständigen Sinn gibt (Bolze 3 Nr. 480). Es darf also nicht willkürlich und nicht gegen den klaren Willen der Parteien ausgelegt werden (RG. 12, 23; 40, 120). Erachten daher die Parteien übereinstimmend eine Auslegung in einem gewissen Sinne für ausgeschlossen, so muß sich die Auslegung danach richten (JW. 05, 682[2]). **Aber der Richter soll an dem Ausdruck nicht haften.** Der Ausdruck soll nicht unbedingt entscheiden, der Richter soll vielmehr über den Ausdruck hinaus auf alles Rücksicht nehmen, was den wahren Willen klarzustellen geeignet ist. Es ist auf diese Weise nicht ausgeschlossen, daß der Wille selbst im Widerspruch mit dem Wortlaut zur Geltung kommt (Bolze 9 Nr. 246), daß der Richter selbst bei klarem und bestimmtem Wortlaut aus dem Vorbringen der Parteien Anlaß nimmt, vom Wortsinne abzuweichen (JW. 94, 318); sofern der Formzwang keine Grenzen setzt (§ 350 Anm. 4ff.). Zur Annahme einer vom Wortlaut abweichenden Auslegung bedarf es aber eingehender Darlegung der Umstände, so daß die nun gewählte Auslegung einen klaren, verständigen Sinn ergibt. Selbstverständlich darf der an sich zunächst zweifelsfreie Wortlaut einer Vertragsurkunde nicht abhalten von Ermittlung des wahren Willens. Dabei greift auch die Rechtsregel des § 157 BGB. ein. Diese hat nicht nur die (unten Anm. 4ff. zu erörternde) ergänzende Bedeutung, daß der Richter dort, wo der Parteiwille nicht erkennbar ist, das als Parteiwille zu betrachten hat, was sich aus der Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte ergibt. Vielmehr kann diese Berücksichtigung auch nach der Richtung von Einfluß sein, daß der Richter eine Willenserklärung in bestimmter Weise als abgegeben deutet. Der Richter ist wohl befugt, zu sagen, daß man nach der Verkehrssitte mit einem bestimmten Ausdruck einen bestimmten Sinn verbindet, und darauf hin den Parteiwillen in dieser Weise als erklärt zu betrachten. So darf der Richter annehmen, daß ein Bierabnahmevertrag, der keine Zeitdauer angibt, als auf ein Sudjahr geschlossen gilt (JW. 99, 440[20]; SeuffA. 40 Nr. 284; 55 Nr. 71); oder, daß bei Rückzahlung des mit dem Bierabnahmevertrag regelmäßig verbundenen, hypothekarisch gesicherten Darlehns wegen der gegenseitigen Bedingtheit auch der Bierabnahmevertrag sein Ende erreicht habe (JW. 05, 46[20]); oder, daß für ein Alleinverkaufsrecht eine zeitliche Grenze gewollt war (JW. 05, 339[9]). Auch andere Schwierigkeiten finden auf diesem Wege ihre Lösung; so z. B. wenn in einem Engagementsvertrage eines Handlungsgehilfen eine vierwöchentliche Kündigungsfrist vereinbart wird, der Richter aber auf Grund einer Verkehrssitte feststellt, daß man allgemein bei solchen Verträgen unter einer vierwöchentlichen Kündigungsfrist eine einmonatliche versteht. Dann kann und muß er den Ausdruck vierwöchentlich als einmonatlich deuten und sein Urteil dahin abgeben, daß beide Teile ihren Willen, eine einmonatliche Kündigungsfrist zu vereinbaren, erklärt haben. Auch hier würde, wie bei der ergänzungsweisen Anwendung der Verkehrssitte (vgl. unten Anm. 4ff.) kein Teil sich auf seine Mentalreservation berufen können, d. h. darauf, daß er in Wahrheit etwas anderes gewollt habe, als sich nach der Verkehrssitte ergibt (JW. 97, 92[44]), auch nicht darauf, daß er die betreffende Verkehrssitte nicht gekannt hat und deshalb in dieser Hinsicht bona fide war (unten Anm. 9). Vielmehr muß sich jeder, der im Rechtsverkehr auftritt, gefallen lassen, daß seine Willenserklärungen so ausgelegt werden, wie es der Auffassung redlicher Männer entspricht. Das ist der Sinn des § 157 BGB.; hierüber folg. Anmerkung. **§ 346.**

Die Erforschung dessen, was als wahrer Parteiwille für erklärt zu betrachten ist, ist auch dort die oberste Aufgabe der richterlichen Auslegung, **wo die Natur des Vertrages zu einer einschränkenden Auslegung drängt.** So z. B. bei Schiedsverträgen, Bürgschaften, Vertragsstrafen, Verwirkungsklauseln. Auch hier ist zunächst der wahre Parteiwille zu erforschen (RG. 20, 111; Bolze 16 Nr. 324; JW. 03 Beil. 43[92] u. 121, ebenso wie bei Anm. 3.

Digitized by Google

§ 346. Konkurrenzklauseln (JW. 04, 197[4]) und auch alle sonstigen Auslegungsregeln, welche die Wissenschaft und Praxis, sei es selbständig, sei es in Anknüpfung und Erinnerung an die früheren landesgesetzlichen Vorschriften zeitigen möchten, treten zurück hinter der obersten Auslegungsregel des BGB., daß zunächst der wahre Wille der Parteien zu erforschen ist. Das gilt z. B. von der Regel, daß zweideutige Ausdrücke zum Nachteil dessen auszulegen sind, der sie gebraucht hat (§ 266, I 5 ALR.; ROHG. 14, 437; Bolze 9 Nr. 240; vgl. RG. 53, 60) von der Regel, daß, wenn sich die Wagschalen gleichstehen, die Entscheidung zugunsten des Verpflichteten erfolgen soll (ROHG. 14, 268); von der Regel, daß von mehreren Auslegungen die den Vorzug erhalten soll, bei der das Geschäft rechtliche Gültigkeit hat (ROHG. 16, 430), und daß zum Vorteil des Verfassers lautende Verwirkungsklauseln bei vorhandener Unklarheit zu dessen Ungunsten auszulegen sind. Alle diese Auslegungsregeln werden wohl auch fernerhin von Wissenschaft und Praxis anerkannt werden, aber nur unter dem Vorbehalt der Oberherrschaft der im § 133 BGB. enthaltenen Gesetzesvorschrift und auch der im § 157 BGB. enthaltenen Vorschrift, zu deren Betrachtung wir nunmehr hinübergehen.

Anm. 4. 2. **Wenn nicht zu ermitteln ist, welches der Wille des Erklärenden ist, oder eine Willenserklärung über den betreffenden Punkt überhaupt nicht abgegeben ist, so kommt § 157 BGB. zur Anwendung,** welcher, wie bereits an anderer Stelle (Allg. Einleitung Anm. 25) ausgeführt ist, nicht nur, wie sein Wortlaut besagt, für Verträge gilt, sondern auf alle Arten von Rechtsgeschäften (auch einseitige, auch Unterlassungen) auszudehnen ist. Diese Funktion als Ergänzung der Ermittelungen über das, was als erklärter Parteiwille zu betrachten ist, ist die wichtigste des § 157.

Anm. 5. a) Das ist allerdings; im Grunde genommen, keine Auslegung mehr. Denn hier wird nicht mehr festgestellt, was die Parteien als ihren wahren Parteiwillen erklärt haben, sondern es wird der Inhalt des Rechtsgeschäfts, da der Parteiwille in Wahrheit nicht festgestellt werden kann, ergänzt durch Heranziehung von objektiven Normen und Anschauungen, die noch dazu unabhängig vom Parteiwillen zur Anwendung gelangen, wie sich aus dem folgenden ergeben wird (vgl. die KommProt. bei Haidlen zu § 157 BGB.). Das ist freie Gestaltung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts, Schaffung des Teils des Vertragsinhalts, den die Parteien selbst zu schaffen verabsäumt haben, es ist das aber nicht Ermittelung und Auslegung des wahren Parteiwillens. Empfängt ein Kaufmann eine einen Vertragsschluß bezweckende Mitteilung, so muß er daher von ihr Kenntnis nehmen und widersprechen, wenn er eine vom Handelsverkehr abweichende Auffassung zur Geltung bringen will (JW. 98, 162[29]; RG. 54, 182).

Anm. 6. b) Die Willenserklärung ist so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten. Die Auslegung ist Rechtsfrage (JW. 06, 457[9]). Nicht etwa ist die Anwendung des Paragraphen davon abhängig, daß sich eine tatsächliche Übung bereits gebildet hat. Auch wenn sich keine gebildet hat, so ist doch dem Rechtsgeschäfte, soweit sein Inhalt von den Parteien nicht erklärt ist, der Inhalt zu geben, der sich aus der Auffassung redlicher Verkehrsanschauungen ergibt. Die Verkehrssitte wird, wie Dernburg (II 1 § 10 V) sagt, als wichtigster Leitstern für die Beurteilung der Schuldverhältnisse nach Treu und Glauben bezeichnet. Aber der einzige ist er nicht. Der Beweis, daß einer der beim Rechtsgeschäft Beteiligten in Wahrheit einen anderen Willen gehabt hat, ist demgegenüber nicht zuzulassen. Dieser hätte eben erklärt werden müssen (RG. 54, 182). Und es kann auch nicht damit operiert werden, daß eine Willensübereinstimmung nicht vorliege, wenn der eine sich den betreffenden Punkt des Rechtsgeschäfts so, der andere ihn sich anders gedacht hat. Sobald sich die Erklärungen beider Teile decken, ist der Vertrag zustande gekommen (RG. 58, 235; Exk. zu § 361). Steht aber außer Frage, daß das Rechtsgeschäft perfekt geworden ist, so muß jeder Teil sich gefallen lassen, daß ihm ein Inhalt gegeben wird, der der herrschenden Verkehrsauffassung entspricht (RG. 42, 146); auch wenn sich der andere Teil über den betr. Punkt bei Entgegennahme der Erklärung gar keine Gedanken gemacht hat (oben Anm. 5).

Digitized by Google

Ein Beispiel liefert die Entscheidung JW. 03, 421[8], wo zutreffend gesagt wird: „Der Beklagte § 346.
versteht darunter (nämlich unter der Vertragsbestimmung 30 Tage 5 %) einen Warenrabatt, und es liegt nichts dafür vor, daß er nicht schon beim Geschäftsabschluß die Verabredung in diesem Sinne aufgefaßt habe. Wenn nun das Berufungsgericht erklärt, jedenfalls sei der Kläger von der ersteren Auffassung ausgegangen, so mag dies immerhin richtig sein, ist aber gegenüber der abweichenden Auffassung des Beklagten nicht entscheidend. Es kommt vielmehr darauf an, wie die Bedingung nach objektiven Merkmalen und nach der Auffassung des Handelsverkehrs zu verstehen ist". Treu und Glauben sind also überall ausschlaggebend. Gegenüber einem Gesetze, das eine bestimmte Vorschrift gibt, kann es nicht darauf ankommen, ob in den beteiligten Kreisen eine andere Auffassung herrscht, oder daß sich aus der Natur der Sache etwas anderes ergibt. Anders aber, wenn die gegenteilige Auffassung der in Betracht kommenden Kreise sich zu einer tatsächlichen Übung, zu einer wirklichen Verkehrssitte verdichtet hat (unten Anm. 10).

c) Besteht eine Verkehrssitte, so ist auf sie selbstverständlich Rücksicht zu nehmen. In diesem Falle soll der Richter nicht nach sonstigen Verkehrsanschauungen, sondern nach denjenigen, die in der tatsächlichen Verkehrsübung zum Ausdruck gekommen sind, den Inhalt des Rechtsgeschäfts gestalten (RG. 49, 162); über Verkehrssitte s. Allg. Einl. Anm. 25). Anm. 7.

Auf eine Verkehrssitte ist um so mehr Rücksicht zu nehmen, wenn sie sich zur Rechtsübung verdichtet hat. Gewohnheitsrecht kommt also auch auf diesem Gebiete zur Anwendung (vgl. Allg. Einl. Anm. 26 ff. u. 33). Anm. 8.

Auch hier ist der Gegenbeweis nicht zulässig, daß der beim Rechtsgeschäft Beteiligte in Wahrheit einen anderen Willen gehabt hat (oben Anm. 6), oder daß der andere Teil das Rechtsgeschäft anders aufgefaßt hat, auch nicht der Gegenbeweis, daß die Partei nicht die Absicht gehabt habe, sich der Verkehrssitte zu unterwerfen (bei der Rechtssitte kommt es ja auf den Unterwerfungswillen sicherlich nicht an), vielmehr ist unabhängig von einem Unterwerfungswillen die Verkehrssitte zu berücksichtigen (Allg. Einl. Anm. 25). Keineswegs ist mit Dernburg (II 1 § 10 III) anzunehmen, daß die Verkehrssitte keine Bedeutung für die Vertragsschließenden habe, wenn beide Teile sie nicht kannten, und daß, wenn nur ein Teil sie kannte, sie höchstens dann Anwendung finden könne, wenn dieser Teil — nach Dernburg muß dies sogar der Gläubiger sein — erwarten durfte, daß der andere Teil sie kannte. Die Bedeutung der Verkehrssitte wird dadurch in einer Weise eingeengt, die in den Worten und in der Absicht des Gesetzes keine Stütze findet. Insbesondere wird die Verkehrssitte dadurch in den zahlreichen Fällen von der Anwendung ausgeschlossen, in denen es sich um Punkte handelt, an welche keine der beiden Parteien beim Abschlusse des Rechtsgeschäftes gedacht hat und hinsichtlich deren Verkehrssitten bestehen, die keiner der beiden Parteien bekannt waren. Warum sollen solche Punkte nicht nach der bestehenden Verkehrssitte geregelt werden? Wonach denn sonst? Entspricht es nicht vielmehr durchaus dem Sinne der §§ 157, 242 BGB., wenn bei einem entstandenen Streite über die Art oder das Maß der Vertragsverpflichtungen der eine Teil zum andern sagt: wir haben beide an einen solchen Fall nicht gedacht, wir waren uns auch beide nicht bewußt, was in solchem Falle die Verkehrssitte erfordert, aber ich habe mich jetzt danach erkundigt, und ich verlange nichts anderes, als was der Verkehrssitte entspricht; das aber fordere ich mit Recht, denn nach Treu und Glauben kann ich das fordern, was nach der Verkehrssitte in solchem Falle allgemein gefordert und geleistet wird (JW. 97, 243[52]; 98, 667[31]). Die Entscheidung JW. 03, 9[22] vertritt bei genauer Prüfung keinen andern Standpunkt. Das hier ausgesprochene Prinzip ist, wenn auch nur mittelbar, doch deutlich zu erkennen in RG. 54, 177; JW. 03, 183[40]. So hat auch das RG. (II 27. 10. 03 ElsLothZ. 29, 304) erkannt, daß die Umfüllung des Weins durch den Käufer nach Handelsgebrauch selbst dann Genehmigung bedeuten kann, wenn der Käufer durch die Umfüllung, bevor ein endgültiges Urteil über die Beschaffenheit des Weins möglich war, nur ein ruhiges Lagern bezweckte, aber dieser seiner Absicht Anm. 9.

Digitized by Google

§ 346. keinen erkennbaren Ausdruck verliehen hatte; und RG. VII 6. 16. 03 (im Recht 03, 603): Treu und Glauben erheischen, daß der Gewerbetreibende sein Verhalten nach dem einrichte, was an dem Ort seines Gewerbes das Hergebrachte ist und sich danach erkundige. Es kommt also nicht darauf an, ob er die Übung gekannt hat.

Anm. 10. Ist hiernach auf eine Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen, **so ist diese auch im Widerspruch mit den Gesetzen** zur Anwendung zu bringen (Allg. Einl. Anm. 27). Wenn z. B. in einem bestimmten Handelszweige sich die Verkehrssitte bilden sollte, daß die Handlungsgehilfen mangels anderer Vereinbarung als auf ein Jahr fest engagiert betrachtet werden, so würde dies gegen § 66 HGB. zur Anwendung zu bringen sein. Die dem Gesetz entgegenstehende Auffassung der Verkehrskreise allein, ohne daß diese sich zu einer Verkehrsübung verdichtet hätte, kann im Widerspruch mit dem Gesetz nicht zur Geltung kommen. Ferner ist eine Verkehrssitte im Widerspruch mit einem Gesetz ausschließlichen Charakters (Allg. Einl. Anm. 12ff.) nicht zur Anwendung zu bringen. Man hat dies auch früher (ROHG. 16, 125) angenommen, weil die Anerkennung der Verkehrssitte auf dem Parteiwillen beruht. Dieser Grund fällt zwar weg, aber der Grundsatz bleibt bestehen, weil nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz soweit hat gehen wollen, der Verkehrssitte auch dort Übermacht über sich selbst einzuräumen, wo es aus höheren Gründen eine bestimmte Regelung zwingend angeordnet hat. Auf solchem Gebiete hat es vielmehr seine eigene Anschauung unbedingt über andere Anschauungen setzen und den entgegengesetzten Anschauungen entgegentreten wollen. Wenn sich daher in einem Handelszweige die Verkehrssitte bilden sollte, daß die Handlungsgehilfen als mit täglicher Kündigung engagiert zu betrachten sind, so würde diese Verkehrssitte nicht zur Anwendung zu bringen sein, weil sie gegen ein Gesetz von ausschließlichem Charakter verstieße, nämlich gegen § 67 HGB. (Allg. Einl. Anm. 27).

Anm. 11. Natürlich ist aber nur eine solche Verkehrssitte zu berücksichtigen, die ihrer Natur nach sich auf das betreffende Rechtsgeschäft erstreckt, deren Anwendung daher von Treu und Glauben in der in Frage kommenden Verkehrskonstellation geboten wird. Es muß sich also um eine Sitte handeln, die an diesem Orte gilt, und für die Rechtssphäre, der das in Rede stehende Geschäft angehört. So würde z. B. eine nur im Verkehr zwischen Kaufleuten geltende Verkehrssitte nicht anwendbar sein im Verkehr eines Kaufmanns mit einem Nichtkaufmann, sondern nur unter Kaufleuten, und das ist es, was der vorliegende § 346 HGB. hervorhebt. Lediglich die Bedeutung dieses Beispiels hat dieser Paragraph. Fürwahr ein dürftiger Inhalt dieser einst so bedeutsamen Gesetzesvorschrift! Und auch dieser ist nicht einmal korrekt zum Ausdruck gebracht (oben Anm. 1). Dernburg (II 1 § 10 IV) gibt dem § 346 die besondere Bedeutung, daß die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten unter Kaufleuten auch dann maßgebend sind, wenn sie beiden Teilen oder einem nicht bekannt waren. Allein wie oben Anm. 9 dargetan, ist dies keine Besonderheit der Handelsverkehrssitte, sondern gilt von jeder Verkehrssitte.

Hatte sich unter der Herrschaft eines früheren Gesetzes, welches in einem Punkt eine Lücke ließ, eine Verkehrssitte gebildet, durch welche diese Lücke ausgefüllt wurde (z. B. über die Geschäfte, von denen der Agent Provision zu beanspruchen hat), so ist diese Verkehrssitte gegenüber dem neuen Gesetze, das diesen Punkt regelt, nicht ohne weiteres zur Anwendung zu bringen. Hier muß abgewartet werden, ob die Verkehrssitte, die sich zur Ergänzung gebildet hatte, fortgesetzt wird im Gegensatz zum Gesetz. Erst dann, wenn dies der Fall ist, kommt die Verkehrssitte auch dem neuen Gesetze gegenüber zur Geltung.

Anm. 12. d) Auch hinter diese zweite oberste Auslegungsregel des § 157 BGB. treten sonstige Auslegungsregeln, welche Wissenschaft und Praxis im Anschluß an die früheren Landesgesetze und die frühere Praxis anerkennen möchten, zurück; oben Anm. 3.

Anm. 12a. e) Da die Auslegung von Willenserklärungen dem Gebiet der Tatsachenwürdigung angehört, kann das RG. seine Nachprüfung nur darauf erstrecken, ob den Willenserklärungen ein unmöglicher Inhalt gegeben wurde, oder ob durch Übergehen wesentlicher Tatsachen und

Digitized by Google

Beweise der § 286 CPO. oder Auslegungsvorschriften verletzt worden sind (§ 561 CPO.; JW. 05, 399[26]); dagegen ist die Frage nach Verletzung von Treu und Glauben Rechtsfrage (JW. 06, 457[9]). Über das Bestehen von Handelsgebräuchen kann von den Kammern für HS. auf Grund eigener Sachkunde entschieden werden mit derselben Wirkung, wie wenn ein Gutachten erhoben wäre (§ 118 GVG.). Der Berufungsrichter hat daher nachzuprüfen (RG. 44, 34). Überzeugt er sich von der Richtigkeit, so liegt eine der Revision unzugängliche Auslegung einer Willenserklärung vor (RG. 2, 385). Es darf jedoch kein Handelsgebrauch angenommen sein, dem tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit entgegengehalten werden kann (RG. 30, 80), noch darf das Berufungsgericht von der Unanfechtbarkeit einer nach § 118 GVG. getroffenen Feststellung ausgegangen sein (RG. 10, 93) oder eine solche Feststellung als einem dispositiven Rechtssatz widersprechend ignoriert haben (JW. 94, 20[52]). Auch auf seine Folgerichtigkeit (JW. 99, 533[8] u. 576[15]) und darauf muß ein Handelsgebrauch geprüft werden, ob er sich nicht als ein eine Übervorteilung bezweckender Mißbrauch darstellt (RG. in SeuffA. 46 Nr. 116). **§ 346.**

III. **Beispiele für Auslegung von Willenserklärungen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.** Auf Grund des früheren Art. 279 sind die obersten Gerichte in zahlreichen Fällen in der Lage gewesen, derartige Entscheidungen zu treffen. Anm. 13.

a) Besonders hervorzuheben ist, daß das **Schweigen als Unterlassung** im Sinne des vorliegenden Paragraphen gilt (ROHG. 15, 96) und überhaupt als Willenserklärung, so daß es ebenfalls von der Regel des § 157 BGB. beherrscht wird. Auch für das Schweigen gilt daher der Satz: es ist so zu deuten, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies gebieten. In den geeigneten Fällen ist das Schweigen die dem andern Teil gegenüber abgegebene Willenserklärung gemäß § 130 BGB. (vgl. Planck I 206). Wer z. B. bei bestehender Spielgeschäftsverbindung zur Tilgung seiner Gewinnforderung ein Los zugeschickt erhält, hat seine Annahmeerklärung durch schweigendes Behalten kund getan (vgl. RG. 48, 178).

An Hand der bisherigen Rechtsprechung ist zu sagen: Es besteht kein Handelsgebrauch, daß Stillschweigen allgemein als Genehmigung gelte. Der Satz: qui tacet consentire videtur gilt nicht allgemein (ROHG. 1, 85; 12, 102; OG. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 705 u. 1511), insbesondere dann nicht, wenn es sich um Änderung bestehender Vertragsverhältnisse handelt, da der Empfänger einer darauf gerichteten Anzeige im Bewußtsein seines kontraktlichen Rechts die Antwort auf das unberechtigte Ansinnen meist unterlassen darf (RG. 3, 65; JW. 98, 482). Indessen kann im Handelsverkehr das Stillschweigen unter Umständen im Hinblick auf bestehende Gewohnheiten und Gebräuche als Zustimmung angesehen werden (RG. 54, 181). Besonders gilt das Schweigen dort als Genehmigung, wo auf seiten des Schweigenden die Absicht vorliegt, den andern zu einer ihm nachteiligen, dem Schweigenden aber vorteilhaften Untätigkeit zu verleiten, noch mehr, wo Täuschungsabsicht vorliegt (ROHG. 15, 96; 22, 130; RG. SächsA. 8, 451), oder wenn ein mündlich geschlossener Vertrag von einem Vertragsteil als geschlossen schriftlich bestätigt wird (JW. 97, 88[34]; 98, 162[29]; RG. 54, 181). (Über die Wirkung der Nichtbeantwortung von Bestätigungsschreiben hinsichtlich des Erfüllungsorts, der Erfüllungszeit und der Zahlungsmodalitäten Exk. zu § 372). Auch dann steht das Schweigen einer Genehmigung gleich, wenn unter den Verhandelnden ein Vertragsverhältnis bereits bestand (ROHG. 4, 203, 350; 15, 97), oder wenn der Briefschreiber ein dringendes Interesse an einer umgehenden Antwort hatte, weil er seine Entschließung erkennbar nach dem Schweigen des andern als einer Zustimmung einrichten wollte (ROHG. 22, 132; 24, 196; JW. 94, 318; RG. 10. 2. 98 SächsA. 8, 451; RG. 30, 62), oder wenn über einen Vertragsantrag nur eine teilweise Äußerung erfolgt, während im übrigen Stillschweigen beobachtet wird (ROHG. 16, 41; Sendung bestellter und unbestellter Ware). Alles dies aber immer unter der Voraussetzung, daß der Schweigende tatsächlich die ihm gewordenen Erklärungen in dem Sinne verstand, daß eine Antwort nach Treu und Glauben erfordert wurde (JW. 94, 318). Alsdann genügt die Entschuldigung, man habe das Schreiben nicht gelesen, nicht (RG. 54, 182). Vorbehaltlose Annahme der Faktura über Anm. 14.

Digitized by Google

§ 346. die bestellte Ware gilt als Genehmigung des vorher nicht vereinbarten Preises (ROHG. 1, 85; 3, 114; 16, 41). Im übrigen aber ist der widerspruchslosen Annahme der Faktura die Bedeutung nicht beizulegen, als ob die von den gesetzlichen oder vereinbarten Bedingungen des Geschäfts abweichenden Bemerkungen daraus genehmigt seien (Bolze 18 Nr. 447; vgl. Ext. zu § 372). Wird mit einem Agenten ein Abkommen getroffen und schickt der Geschäftsherr der Deutlichkeit wegen ein Bestätigungsschreiben an den Gegenkontrahenten, so ist das Schweigen Billigung, so z. B. wenn darin die Klausel enthalten ist, „nach den hiesigen Börsenbedingungen" (Bolze 1 Nr. 654). Übersendet der eine Teil dem andern seine Geschäftsbedingungen, und werden dann Geschäfte gemacht, so gelten die Geschäftsbedingungen als genehmigt (RG. 3. 5. 99 Holdheim 8, 190; JW. 01, 621[14]). Besonders hervorzuheben ist, daß der Schuldner, wenn ihm der Gläubiger rechtzeitig anzeigt, er werde den schuldigen Betrag an einem bestimmten Tage per Tratte „entnehmen", durch sein Schweigen dies genehmigt und daher verpflichtet ist, die eventuellen Protestkosten zu tragen. Dagegen bildet dies keinen selbständigen Klagegrund für die Hauptsumme, der Anspruch auf diese muß vielmehr besonders begründet werden. Für den Verkäufer besteht wohl eine Pflicht, nach Treu und Glauben, die voraussichtliche Unmöglichkeit der Erfüllung dem Käufer mitzuteilen (OLG. Hamburg 13. 5. 01 SeuffA. 56 Nr. 219), dagegen besteht für keinen Vertragsteil eine Pflicht, den andern über die sinkende Tendenz des Marktes (OLG. Hamburg SeuffA. 57 Nr. 140) oder über Fehler seiner Preiskalkulation aufzuklären (vgl. Ext. zu § 346 Anm. 7). Endlich gewährt die Berufung auf Treu und Glauben keine Hilfe gegen Verletzung gesetzlicher Formvorschriften (SeuffA. 58, 8; RG. 52, 4).

Anm. 15. b) Das Kontrahieren mit öffentlichen Anstalten (z. B. Versicherungs-, Transportanstalten), welche Prospekte oder allgemeine Bedingungen versenden, seitens solcher Personen, welche ein Exemplar dieses Prospekts erhalten haben, gilt als Unterwerfung unter die Bedingungen (RG. 13, 77). Willenbücher (Anm. 5 zu Art. 279), ebenso Bolze (3 Nr. 673) berichten über dieses Urteil nicht zutreffend, wenn sie schon das Kontrahieren nach gehöriger öffentlicher Bekanntmachung des Prospektes als Unterwerfung unter diesen ansehen. Indessen wird man über das Urteil des Reichsgerichts hinaus dies annehmen können. Es ist bekannt, daß allgemeine Verkehrsanstalten, z. B. die Berliner Paketfahrtgesellschaft, besondere Bedingungen (Tarife, Bestimmungen über Haftung für Verlust und Beschädigung usw.) aufstellen müssen, um ersprießlich zu wirken, denn die gesetzlichen Bestimmungen sind nicht erschöpfend und nicht für alle Betriebsarten gleich passend. Veröffentlicht eine solche Anstalt ihre allgemeinen Bedingungen, so muß von jedem, der mit ihr kontrahiert, angenommen werden, daß er sich ihnen unterwirft, auch wenn er kein Exemplar des Prospekts empfangen oder gelesen hat (KG. in KGBl. 94, 70). So ist in ROHG. 9, 187 ausgesprochen, daß Kreditvereine ihre gehörig veröffentlichten Bedingungen stillschweigend zum Bestandteil ihrer Abschlüsse machen, und anderseits der Kreditbürge sich auf Einhaltung dieser Bedingungen hinsichtlich der Begrenzung des dem Hauptschuldner zu gewährenden Kredits verlassen darf. Einem ähnlichen Gedanken hat das ROHG. (12, 214) in bezug auf den Annoncenspediteur, der seine Tarife verbreitet, Ausdruck gegeben, allerdings nur dahin, daß der Annoncenspediteur an die von ihm veröffentlichten Bedingungen gebunden ist. Weiter kann man allerdings nicht gehen: man kann privaten Verkehrsanstalten, die ihre Bedingungen nicht oder nicht geeignet publiziert haben, nicht das Recht gewähren, sich auf ihre Reglements zu berufen (KG. in KGBl. 94, 70). Zu enge faßt sich RG. 58, 155; danach wäre der Kunde nur gebunden, wenn von ihm nach den Grundsätzen von Treu und Glauben erwartet werden muß, daß er die ihm in dem gedruckten Formular gemachten generellen wie speziellen Vertragspositionen geprüft habe. Es kann vielmehr nur darauf ankommen, ob der Kunde verständigerweise gar nichts anderes gewollt haben kann, als sich den ihm zugegangenen (oder veröffentlichten) Bedingungen zu unterwerfen — einerlei, ob er sie gelesen hat oder nicht. (Die bei der Konzessionierung eines Unternehmens von der Staatsverwaltung aufgestellten Vorschriften über die bei jedem Geschäftsabschluß einzuhaltenden

Digitized by Google

Bedingungen gelten sogar ohne weiteres als Inhalt der im Geschäftsbetrieb geschlossenen Verträge; vgl. RGHG. 14, 36.) Das Gegengewicht gegenüber diesem Unterwerfungswillen ruht in den Grundsätzen über den Kontrahierungszwang (Exk. zu § 346 Anm. 27) sowie in dem Umstand, daß durch die Unterwerfung unter derartige Bedingungen kein selbständiger Vertrag geschlossen wird; vielmehr bilden diese einen Teil des Hauptvertrags und fallen mit dessen Ungültigkeit von selbst; daher wird bei eintretender Ungültigkeit des Hauptvertrags auch die Schiedsgerichtsklausel, die häufig in den formularmäßigen Bedingungen der Syndikatsverträge sowie des Bank- und Versicherungsverkehrs sich findet, hinfällig, so daß nicht etwa das Schiedsgericht über die Gültigkeit des Hauptvertrags zu entscheiden hat und dieser so erzwingbar gemacht werden könnte (RG. 43, 408; 58, 181; JW. 04, 76[52]; 05, 400); über die Schiedsgerichtsklausel bei Börsentermingeschäften Exk. zu § 376, § 355 Anm. 24. Endlich ist daran festzuhalten, daß auf dem Weg der Unterwerfung verbotenen und unsittlichen Geschäften Wirksamkeit nicht verliehen werden kann. **§ 346.**

c) **Über Börsenusancen** s. Allg. Einleitung Anm. 36. Anm. 16.

d) **Als weitere Beispiele** seien erwähnt: RGHG. 7, 61; Bolze 16 Nr. 240; RG. 40, 200 („nicht verklagen wollen" bedeutet nicht Rechtsverzicht, sondern längere Stundung); RGHG. 4, 353; 13, 366 („sofort, unverzüglich" bedeuten kein absolutes Zeitmaß); RGHG. 2, 185; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 353 („zahle nach Bequemlichkeit, wie es mir paßt", nicht Willkür, sondern Ziel nach dem richterlichen Ermessen); RGHG. 15, 176 (Höflichkeitsausdrücke wie „aus Gefälligkeit" ändern an der obligatorischen Natur des Geschäfts nichts); RGHG. 8, 209; 15, 334 („zirka" bedeutet bestimmte Summe mit geringer Abweichung nach richterlichem, ev. sachverständigem Ermessen); RGHG. 14, 81 („frei bleibend" in einer Verkaufsofferte ist gleichbedeutend mit dem Vorbehalt völliger Freiheit des Handelns, kann aber auch eine bedingte feste Bindung, „solange der Vorrat reicht" bedeuten). Über die Klausel „fest an die Hand geben" Exk. vor § 93 Anm. 17; örtlicher Sprachgebrauch und besondere Umstände sind zu beachten (RG. 13. 11. 96 SeuffA. 52 Nr. 149). Verhinderung des Eintritts einer Potestativbedingung, um sich die Vorteile des Geschäfts auf andere Weise zu sichern, verstößt nicht gegen Treu und Glauben (RG. 53, 257). Bolze 5 Nr. 446 (garantierter Gewinn bedeutet Ausschluß von der Teilnahme am Verlust): im Buchhandel bedeutet die Festsetzung eines Ladenpreises die beiderseitige Verpflichtung, den festgesetzten Preis innezuhalten (LG. Hamburg in ZHR. 43, 344); RG. 28, 176; JW. 90, 382[31] (Besserungsscheine begründen eine rechtliche Verpflichtung zur Nachzahlung beim Eintritt besserer Vermögensverhältnisse, vgl. dieses Erkenntnis über die Beweislast); vgl. auch RG. 40, 200 (auch wenn die Zeit und Höhe der Abzahlungen dem Ermessen des Verpflichteten überlassen ist, ist damit nicht jeder Rechtsweg verschlossen, sondern Anfechtung wegen manifesta iniquitas gegeben, vgl. auch § 315 BGB.); vgl. über Besserungsscheine auch noch RG. 42, 153; Bolze 17 Nr. 165 (wer einem außergerichtlichen Akkorde beitritt, übernimmt damit die Verpflichtung, die auf die Forderung erhaltenen Wechsel aus dem Verkehr zu ziehen und selbst einzulösen, vgl. Stand WO. § 63 zu Art. 82). Die Meinung, daß eine Stundung auf Raten im Zweifel die clausula cassatoria in sich schließt, wird oft vertreten; uns erscheint es bedenklich, dies allgemein oder auch nur für den Regelfall auszusprechen (vgl. auch § 361 BGB., welcher voraussetzt, daß das Geschäft als Fixgeschäft intendiert ist); im Einzelfall ist es als beiderseitiger Wille angenommen worden vom RG. bei Bolze 18 Nr. 265, aber als Handelsgebrauch verneint (Berliner Älteste bei Dove-Apt I 95). Ob für die kassatorische Klausel Verschulden zu fordern ist, hängt von der Vertragsauslegung ab (RG. 29. 1. 02 Recht 02, 125 Nr. 533). „Abruf nach Bedarf" enthält die Zusicherung des Käufers, daß er seinen Bedarf nicht anderweitig deckt (OLG. Kolmar Recht 05, 229). Die Verpflichtung, mangelhafte Ware jederzeit zurückzunehmen, ist nicht wörtlich zu deuten (Bolze 18 Nr. 437); die Klausel „cif" (cost, insurance, freight) bedeutet, daß der Verkäufer die Kosten, Versicherungen und Fracht bis zum Bestimmungsorte übernimmt (RGHG. 13, 438; RG. 14, 114; JW. 01, 761[25]; 02, 609[18]), zu frankieren braucht er nicht (SeuffA. 60, 435; OLG. Hamburg in OLGR. 9, 271). Die Klausel „fob" (free on board) Anm. 17.

Digitized by Google

§ 346. bedeutet, daß Verkäufer die Einladungskosten bis an Bord des Schiffs trägt (OLG. Hamburg 29. 3. 01 in OLGR. 01, II 92). Dagegen bedeutet die Klausel im Verhältnis des Abladers zum Schiffer, daß der Ablader die zu Wasser herangeschaffte Ware längs Schiffsseite zu liefern und der Schiffer die Ware auf seine Kosten in sein Schiff zu laden hat (§ 561; OLG. Hamburg in Hans.GZ. Hptbl. 05, 131).

Anm. 18. **Zusatz 1. Die Berücksichtigung der Verkehrssitte ist dem Richter noch durch eine andere Gesetzesvorschrift außer § 157 BGB. zur Pflicht gemacht, nämlich durch den § 242 BGB.:** Die Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies erfordern. Im allgemeinen wird dies mit § 157 BGB. zusammenfallen: meist wird sich aus der Auslegung von Willenserklärungen auch die Art der Leistung ergeben. Aber die beiden Gebiete decken sich nicht notwendig; deshalb ist die Verkehrssitte auch über den Bereich des § 157 BGB. hinaus überall da in Betracht zu ziehen, wo § 242 BGB. zur selbständigen Anwendung gelangt, z. B. wo die nach der Verkehrsauffassung zu beurteilende Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung in Frage steht (RG. 57, 118), oder wo es sich um das Maß von Verpflichtungen handelt, die nicht aus Rechtsgeschäften entstehen, etwa aus unerlaubten Handlungen.

Es besteht kein Grund, mit Titze (KrVJahr. 45, 365) anzunehmen, daß § 242 BGB. nur für den Schuldner gelte, aber nicht für den Gläubiger. Allerdings steht dem Schuldner gegen den Gläubiger, der wußte oder wissen mußte, daß seine Leistung unmöglich werde, nur aus § 307 BGB. (RG. 51, 92) ein Anspruch zu, und nicht aus § 242 BGB., noch aus § 823 BGB., und zwar deshalb, weil das BGB. einen Grundsatz, daß für fahrlässig verursachten Vermögensschaden allgemein gehaftet werde, nicht kennt. Dagegen beurteilt sich z. B. die Frage, ob der Vermieter dem Mieter Fernsprechanschluß zu gestatten hat, nach § 242 BGB. Man wird hinausgehend über RG. 37, 212; 49, 309 diese Frage schon dann zu bejahen haben, wenn dem Vermieter kein Schaden entsteht, und die Antwort nicht noch weiter davon abhängig machen können, ob der Vermieter nennenswert belästigt wird; entscheidend ist in erster Linie, ob der Anschluß als ein dringendes Bedürfnis mit Rücksicht auf den Gebrauch der Mieträume zu erachten ist (Schneider, ABürgR. 25, 300).

Aber damit ist die Anerkennung der Verkehrssitte noch nicht erschöpft. So wird z. B. der Begriff der Fahrlässigkeit in seiner konkreten Gestaltung im Einzelfall durch die Verkehrssitte stark beeinflußt werden. Soll beurteilt werden, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, ob die einem ordentlichen Kaufmann obliegende Sorgfaltspflicht verletzt ist, so wird die Berücksichtigung der Verkehrssitte den wichtigsten Anhaltspunkt bieten. Aber neue Rechtsgrundsätze können sich auf Grund bloßer Verkehrssitte nicht bilden. So weit reicht unter Umständen wohl die Kraft einer Rechtssitte, eines Gewohnheitsrechts, wie in Allg. Einleitung Anm. 26 ff. gezeigt ist, nicht aber die Kraft einer bloßen Verkehrssitte.

Anm. 19. **Zusatz 2. Ob und inwieweit eine exceptio doli generalis zuzulassen ist, bildet Gegenstand des Streites** (zweifelnd Planck § 242 Anm. 2; Schneider, ABürgR. 25, 270; dort Lit.). Da der gesamte Rechtsverkehr nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte einzurichten ist, findet auch die Einrede der Arglist in den §§ 157, 242 BGB. ihre Stütze. Der Schuldner kann daher ohne Anfechtung seiner durch Täuschung veranlaßten Willenserklärung und ohne gegen den Urheber der Täuschung einen Schadensanspruch geltend zu machen, lediglich mit Hilfe der Einrede, daß die Schuld bei ehrlicher Handlungsweise des Gläubigers nicht oder doch nicht so, wie sie nun geltend gemacht ist, bestehen würde, die Abweisung des arglistigerweise erlangten Anspruchs des Gegners erreichen (JW. 04, 89[7]; DJZ. 04, 314). Unter der Herrschaft des alten Rechts war diese Einrede allgemein zugelassen (RG. 43, 113; JW. 05, 118[23]); sie hat im BGB. in nicht geringerem Umfang Geltung. Sie ist dann an ihrem Platz, wenn der Gläubiger absichtlich die Lage seines Schuldners in illoyaler Ausbeutung der formalen Rechtslage verschlechtert (vgl. RG. 58, 428), oder wenn ein Vertragsteil ohne berechtigtes Interesse und unter Verletzung der eigenen Verpflichtung zur Vertragstreue dem Gegner eine Falle stellt, um ihn vertragsbrüchig zu machen (RG. in ElsLothZ. 29, 81). Obgleich jedermann die Rechtsungültigkeit der eigenen Erklärung geltend machen (RG. 26, 256) und auch seine Rechts-

Digitized by Google

auffassung ohne Präjudiz selbst dann ändern kann, wenn der Gegner sich derselben angeschlossen und Folgerungen daraus gezogen hatte (RG. 23, 87; JW. 06, 15[13]), so kann doch der, welcher den Gegner auf den Weg schiedsgerichtlichen Verfahrens verwiesen und an diesem Verfahren sodann mitgewirkt hat, nach Fällung des Spruchs nicht mehr die Unzulässigkeit schiedsgerichtlichen Verfahrens vorschützen (RG. 40, 401); ebenso kann der, welcher einen Rechtsstreit durch einen Beauftragten in dessen Namen führen ließ, nicht die Rechtswirksamkeit des Urteils für seine Person bestreiten (vgl. RG. 36, 55; vgl. Bolze 1 Nr. 664; 2 Nr. 366). So scheitert auch die Gewährleistungsklage des Auftraggebers, der mit Kenntnis der Fehler einer Sache diese um einen bestimmten Preis durch einen gutgläubigen Dritten in dessen Namen kaufen ließ, an der exceptio doli. Umgekehrt kann sich der Käufer gegen die Kaufpreisklage wirksam mit der Einrede der Arglist verteidigen, wenn dem Eigentümer, der die fehlerhafte Sache durch einen gutgläubigen Dritten in dessen Namen hat verkaufen lassen, der Vorwurf arglistigen Verschweigens zu machen wäre, falls er unmittelbar verkauft hätte (E. Müller DJZ. 06, 167). Weitere Beispiele: RG. 33, 58 und JW. 04, 337[4], 481[1]: arglistige Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung; RG. 32, 141; 57, 376; 60, 392: Abhalten von der Klageerhebung, um die Verjährung eintreten zu lassen; vgl. auch Exk. zu § 346 Anm. 9. § 346.

Exkurs zu § 346.

Exk. zu § 346.

I. Unsittliche Geschäfte. II. Wucher. III. Kontrahierungszwang. IV. Syndikate.

I. Unsittliche Geschäfte.

A. **Die maßgebende Gesetzesstelle ist Abs. 1 des § 138 BGB.** Er lautet: Anm. 1.

Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

B. 1. **Der Begriff** des in den §§ 138 Abs. 1, 817, 826 BGB., Art. 30 EG. z. BGB. wiederkehrenden gesetzestechnischen Ausdruckes „gute Sitte" ist dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen, „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" (nicht also nur der Standesgenossen, JW. 04, 256[1]), wobei nicht ausgeschlossen ist, daß auch die Sittenanschauung eines bestimmten Volkskreises, wenn sich in ihr die herrschende Sitte ausprägt, maßgebend sein kann; so im Handelsverkehr die Anschauung eines ehrbaren Kaufmannes (RG. 48, 124). Der § 138 Abs. 1 BGB. stellt, wie sich das RG. (JW. 03 Beil. 41[86]; RG. 56, 231) treffend ausdrückt, eine Norm auf, die solchen Rechtsgeschäften jede Rechtswirkung versagt, welche nach ihrem aus Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter, also nach den objektiven und subjektiven Momenten, gegen die guten Sitten verstoßen und deren Anerkennung deshalb mit diesen unvereinbar ist (RG. 58, 222 u. 206; JW. 06, 331[5]; 454[7]). So kommt es bei der öffentlichen Aufforderung, bei gewissen Händlern nicht einzukaufen, auf das Ziel und die Art und Weise der Aufforderung an. Der Umstand, daß eine Handlung nicht unter Strafe gestellt ist, beweist noch nicht, daß sie nicht gegen die guten Sitten verstößt (JW. 04, 537[5]), wie auch umgekehrt der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder ein Strafgesetz die Handlung noch nicht ohne weiteres zur unsittlichen macht (unten Anm. 12). Unlautere Geschäftspraxis ist, auch wenn sie tatsächlich vorherrscht, doch als Unsitte zu mißbilligen (RG. 48, 124; 55, 372; 58, 216). Dagegen kann ein minder anständiges Handeln noch nicht als ein ausreichendes Zuwiderhandeln gegen die gute Sitte gelten. Anm. 2.

2. § 138 Abs. 1 BGB. gibt Recht mit ausschließlichem, exklusivem Charakter (Allg. Einl. Anm. 12 ff.). Daher ist die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, nur nach inländischem Recht zu beurteilen, ohne Rücksicht auf den ausländischen Entstehungs- oder Erfüllungsort (RG. 10, 113; 46, 114; Art. 30 EG. z. BGB.; über letzteren Exk. zu § 372 Anm. 5 ff.). Auch die rückwirkende Kraft des § 138 Abs. 1 BGB. kann im allgemeinen keinem Zweifel unterliegen (JW. 01, 639). Ist jedoch ein nach den Anschauungen des BGB. unsittliches Geschäft unter der Herrschaft des alten Rechts zustande gekommen, und hatte es dort keinen unsittlichen Charakter, so wird ihm ein solcher Anm. 3.

Digitized by Google

Exk. zu § 346. nicht nachträglich aufgeprägt; denn rückwirkende Kraft tritt nur ein, wo das Gesetz sich solche ausdrücklich beilegt, oder nach Bedeutung und Wichtigkeit des neuen Rechtssatzes die Absicht der Rückwirkung erhellt (RG. 46, 178, Ehemakellohn). Ein Beispiel rückwirkender Kraft RG. 47, 103; JW. 01, 1 (Wucher). Wegen seines zwingenden Charakters findet § 138 Abs. 1 BGB. auch Anwendung auf solche Rechtsgeschäfte, welche nur in einzelnen rechtlichen Beziehungen durch ein Spezialgesetz (unten Anm. 7) geregelt sind und nur im übrigen dem BGB. unterstehen.

Anm. 4. 3. Die Frage nach der sittlichen Verwerflichkeit einer Handlung ist eine Rechtsfrage, keine Tatfrage, so daß freie Beurteilung durch das Revisionsgericht stattfindet (RG. 51, 383; 58, 216); die tatsächliche Würdigung spielt jedoch immer eine Rolle (JW. 06, 453[6]; 456[5]).

Anm. 5. C. **Ein unsittliches Rechtsgeschäft ist nichtig** und erzeugt keinerlei Rechtswirkung, so daß kein Erfüllungszwang stattfindet und die Nichtigkeit von jedem dritten Interessenten geltend gemacht werden kann (RG. 58, 206). Die Rechtswirksamkeit kann nicht durch Einkleidung in einen abstrakten Vertrag, ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis, das den unsittlichen Rechtsgrund nicht erkennen läßt, herbeigeführt werden. Die Nichtigkeit ergreift das ganze einheitliche Geschäft (JW. 06, 454[7]) ohne Rücksicht auf eine äußerliche Zerlegung in zwei Verträge; es wäre denn, daß der nicht unsittliche Teil des Geschäfts auch ohne den unsittlichen Teil sowohl von dem Anfechtenden wie von seinem Gegner vorgenommen worden wäre (§ 139 BGB.; RG. 29, 109; 38, 202). Dabei ist aber davon auszugehen, daß im Zweifel alle Bestimmungen eines Vertrags ein einheitliches Ganzes bilden sollen (RG. 57, 165).

Ist der unsittliche Vertrag erfüllt, so bleibt das Kausalgeschäft zwar nichtig; es ergibt sich daraus aber nicht die (von Dernburg I § 127 II; II 2 § 379 II; III § 64 IV 1 und anderen, vgl. Oertmann § 817 Anm. 4, gezogene) Folgerung, daß der Veräußerer Eigentümer geblieben sei, solange der Gegenstand vorhanden, ihn in diesem Fall vindizieren und nur in allen anderen Fällen einen Bereicherungsanspruch nach § 817 BGB. geltend machen könne. Der scheinbare Widerspruch zwischen § 138 Abs. 1 BGB. und § 817 BGB. löst sich dadurch, daß die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte, also der dingliche Vertrag (Übergabe, Auflassung) selbständige Bedeutung besitzen und von der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts nicht ohne weiteres ergriffen werden (OLG. Kiel in OLGR. 9, 16). Nach § 817 BGB., als einer besonderen Anwendung des in § 812 BGB. enthaltenen Prinzips, ist dies vielmehr nur dann der Fall, wenn in dem Erfüllungsakt selbst die verwerfliche Gesinnung liegt (JW. 04, 38[5]). Ist ein solch' subjektives Verschulden in der Annahme der Erfüllung durch den Empfänger zu finden, d. h. war der Zweck der Leistung so bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme das Sittengesetz verletzte, und war er außerdem bereichert durch die Leistung, so muß er diese nach den Grundsätzen der Bereicherung herausgeben (§ 817 Satz 1 BGB.; vgl. Förster im Recht 05, 356 u. JW. 06, 454[7]). Trifft den Geber derselbe Vorwurf, so findet eine Rückforderung mit einer Ausnahme nicht statt; hat dessen Leistung nämlich in einem Erfüllungsversprechen, z. B. in Übernahme einer Wechselverbindlichkeit, einem abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis bestanden, so kann der Geber trotz eigener turpitudo Befreiung von einer solchen Verbindlichkeit verlangen, solange er dieselbe nicht erfüllt hat, sei es durch Zahlung oder Aufrechnung; denn der Gesetzgeber wollte unsittliche Verbindlichkeiten nicht bestehen lassen. Zu diesen von § 817 Satz 2 BGB. ausgenommenen Verbindlichkeiten gehören dingliche Belastungen, z. B. die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld für einen rückständigen Kaufpreis, nicht; die §§ 1137, 1168 Abs. 1 BGB. stehen nicht entgegen (JW. 06, 383[11]; wegen der Eigenart des Wuchers Anm. 22 u. 23 unten).

Über alle diese Fragen: v. Meyer, Bereicherungsanspruch 03; Stammler, Zur Lehre von der ungerechtf. Bereicherung 03; Neubecker, ABürgR. 22, 34; Eccius, Kondiktion des Wucherers DJZ. 03, 41; Staffel, SächsA. 13, 497.

Anm. 6. D. **Wer vorsätzlich** (d. h. mit dem Bewußtsein, daß die gewollte Handlung oder Unterlassung den schädigenden Erfolg haben werde [JW. 04, 291[14]] — Wissenmüssen oder Wissenkönnen genügt nicht [RG. 57, 241] —) **einen andern in einer gegen die guten Sitten ver-**

Digitized by Google

sittenden Weise schädigt, wird schadensersatzpflichtig (§ 826 BGB.). Hieraus ergeben sich als Folgerungen: Exk. zu § 346.

1. Die Schadenshaftung für eine unsittliche Handlung, welche in Ausübung eines Rechts vorgenommen wurde, ist nicht noch weiter davon abhängig, daß sie nur den Zweck gehabt haben kann, einem andern Schaden zuzufügen (§ 226 BGB.); nur für die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer unerlaubten Handlung des § 823 BGB. käme dieser Umstand in Betracht (RG. 51, 383; 56, 277; 58, 216 ff., 219, 223). Daher dürfen formale Rechte nur gemäß den guten Sitten ausgeübt werden (RG. 48, 372; 55, 372). Die Wahrnehmung berechtigter Interessen (Exk. zu § 349 Anm. 27 ff.) kann das subjektive Verschulden beseitigen. So besteht zwar keine Rechtspflicht, den Vertragsgegner über einen Irrtum seiner Preiskalkulation aufzuklären oder den Irrtum nicht zu benutzen (JW. 01, 446[40], 447[43]); es würde aber der gegen die guten Sitten verstoßen, welcher den Irrtum des Gegners erkannt hatte und diesen Irrtum beim Vertragsschluß ausbeuten wollte. Wird ein Irrtum in der Preiskalkulation (der nach § 119 BGB. einen nicht anfechtbaren Irrtum im Beweggrund darstellt) erst nach dem Abschluß vom Gegner entdeckt, so ist es von ihm nicht unsittlich, auf der Ausführung des Vertrags zu beharren (RG. 55, 367; JW. 03 Beil. 120[265]). Auch neben dem Wettbewerbgesetze findet § 826 BGB. Anwendung, weil die Folgen unlautern Wettbewerbs in dem Gesetz vom 27. Mai 1896 nicht ausschließlich geregelt sind (JW. 05, 507[42]; RG. 48, 119; JW. 05, 237; 04, 540). So verfehlt sich z. B. ein Angestellter gröblich gegen Anstand und Sitte, welcher nach seinem Dienstaustritt Geschäftsgeheimnisse seines früheren Prinzipals, die er auf heimlichen Wegen, durch Vertrauensmißbrauch oder unter dem besonderen Versprechen oder Gebot der Geheimhaltung erfahren hatte, ausbeutet; nicht aber verstößt er gegen § 9 WettbewGes. (JW. 03 Beil. 60[129]). Auch kann der Ausländer, wenn § 16 WettbewGes. versagt, immer noch den § 826 BGB. anrufen. Auch neben dem Warenzeichenrecht (vgl. RG. in DJZ. 03, 128) und Urheberrechtsgesetz (Fuld in Gruch. 47, 363) kann § 826 BGB. eingreifen, ebenso gegenüber dem Gesetz über Abzahlungsgeschäfte (JW. 06, 454[7]). Anm. 7.

2. Auch eine Unterlassungsklage entsteht aus § 826 BGB.: darauf gerichtet, daß ein fernerer Verstoß gegen die gute Sitte unterbleibe; vorausgesetzt, daß Grund zur Besorgnis fernerer schädigender Handlungen für die Zukunft vorhanden ist, z. B. durch Abwendigmachen der Kundschaft (JW. 02 Beil. 283[237]), oder durch öffentliche abfällige unlautere Kritik der Leistungen der Konkurrenz (JW. 05, 20[19]); Anlocken des Publikums durch nicht ernst gemeinte Anpreisungen (JW. 03 Beil. 11[23]); Bedrohen mit illoyaler Schädigung (RG. 48, 120). Auch zu einer Zurücknahme unwahrer nachteiliger Äußerungen kann dieser Unterlassungsanspruch führen, wenn nur so eine völlige Genugtuung möglich ist (hierüber Exk. zu § 349 Anm. 27). Anm. 8.

3. Ferner entsteht aus § 826 BGB. ein Anspruch auf Nichtgeltendmachung der unsittlicherweise begründeten Rechte, weil der Schadensersatz in Wiederherstellung des früheren Zustandes besteht (§§ 252, 249 BGB.). Daher kann der, welcher durch arglistige Täuschung eine vorteilhafte Rechtslage erlangt hat, von dieser Rechtsstellung keinen Gebrauch machen; denn betrügliches Handeln enthält regelmäßig zugleich einen Verstoß gegen die guten Sitten (JW. 05, 42[2]; 04, 482[3]). Man gelangt so zu demselben Ergebnis, wie mit der exceptio doli (hierüber § 346 Anm. 19). So kann ferner nicht durch Weiterbegebung eines Wechsels dem Schuldner der Differenzeinwand abgeschnitten werden (RG. 51, 360). Und es vermag der Vertretene, wenn er durch kollusionsweises Zusammenwirken seines Vertreters mit einem Dritten geschädigt ist, den Ansprüchen des letzteren mit § 826 BGB. wirksam zu begegnen (RG. 58, 356; JW. 03 Beil. 74[170]; 04, 482[3]). Selbst gegen die Vollstreckung aus einem auf unsittliche Weise erwirkten rechtskräftigen Urteil läßt sich § 826 BGB. anrufen (unten Anm. 25). Anm. 9.

E. **Praktische Einzelfragen:** Anm. 10

1. Der **Bierabnahmevertrag**, der für Bayern in Art. 13 BayrAG. z. BGB. v. 9. Juni 1899, BOBl. Nr. 28 eine besondere Regelung auf Grund des Art. 18 EG. z. HGB.

Digitized by Google

Exk. zu § 346.

erfahren hat, ist kein Vorvertrag, gerichtet auf den Abschluß einer Reihe selbständiger Bierkäufe, sondern ein Sukzessivlieferungsvertrag und untersteht daher den Regeln des Kaufes (RG. 17. 12. 01 DJZ. 02, 118). Der Bierabnahmevertrag ist seiner Natur nach auf einen längeren Zeitraum berechnet. Die dingliche Belastung eines Wirtschaftsgrundstücks mit einer Bierbezugspflicht — so daß jeder Inhaber der Schankstätte unmittelbar nur zum Bierbezug aus einer bestimmten Brauerei gezwungen sein soll — ist selbst in zeitlicher Beschränkung als Reallast unverträglich mit §§ 8 Nr. 2, 10 GewO. (RG. 59, 109; zweifelnd Gareis DJZ. 06, 113); nicht aber ist die Eintragung einer Kautionshypothek zur Sicherung der persönlichen Ansprüche, also für etwaige Vertragsstrafen unzulässig, gegen den zum Bierbezug obligatorisch Verpflichteten verfallen können (JW. 06, 453[6]). So betrachtet auch die Sache Art. 18 BayAG. z. BGB. Auch als Dienstbarkeit läßt sich ein dingliches Recht dieser Art nicht bestellen, weil es an einem dienenden Grundstück fehlt, und ein Tun in Frage steht. Gegen § 1 GewO., § 134 BGB. verstoßen solche Beschränkungen aber an sich nicht, noch auch sind sie an sich unsittlich. Die Bierabnahmeverträge kommen im ganzen den Bedürfnissen der kleinen Schank- und Gastwirte entgegen, indem diese einerseits von der Brauerei instandgesetzt werden, ihre Existenz fortzuführen, und anderseits darauf rechnen können, gutes Bier zu angemessenem Preis dauernd zu erhalten. Wenn die Brauereien zur Ausgleichung ihres Risikos die meist unzulänglichen Sicherheiten häufen und sich durch Ausbedingung lästiger Klauseln Vorteile sichern, die nicht übermäßige Zeit wirken sollen, und durch nicht übertriebene Strafgedinge einen gewissen Zwang ausüben, so ist der Vertrag kein unsittlicher (RGHG. 14, 291; JW. 06, 456[8]; OLG. Dresden; SächsA. 14, 649; WenglerA. n. F. 10, 684; JW. 06, 419[3]; vgl. RG. 2, 120). So hat das OLG. Celle (OLGR. 4, 208) die Bindung auf 5 Jahre, das RG. II (352/04 Urt. 28. 3. 05) eine Verpflichtung des Wirts zum Bierbezug auf 6 Jahre in einem Falle zugelassen, in welchem dem Wirt eine Biersorte freigegeben war und die Brauerei dem Wirt nicht unerhebliche Opfer gebracht hatte. Außergewöhnliche Umstände können ein weiteres Hinausrücken der zeitlichen Grenze rechtfertigen. Es dürfte eine Dauer von 10 Jahren die äußerste Grenze darstellen. Es steht auch nichts einer Verpflichtung des Wirts entgegen, wonach er seinem Nachfolger in der Wirtschaft dieselbe Auflage zu machen und für deren Erfüllung unmittelbar einzustehen hat. Ist der Wirt eine Bierbezugspflicht auf bestimmte Zeit eingegangen, so steht er ohne weiteres dafür ein, daß auch der Erwerber seiner Wirtschaft dieser Pflicht genügt, dem er diese Wirtschaft innerhalb der Vertragszeit verkauft hat (OLG. Karlsruhe 26. 3. 03 BadRpr. 03, 222). Aus § 242 BGB. läßt sich unter Umständen die Pflicht der Brauerei ableiten, den neuen Erwerber unter Freigebung des ursprünglichen Kontrahenten in den Vertrag eintreten zu lassen (§ 414 BGB.). Ein solcher Bierabnahmevertrag verstößt auch noch nicht gegen die guten Sitten, wenn die Brauerei z. B. hinsichtlich der Kündigung erheblich günstiger gestellt wird als der Bierbezugspflichtige (OLG. Hamburg 12. 1. 03 OLGR. 7, 458); oder wenn der Wirt auch nach Rückzahlung des meist hypothekarisch gesicherten Darlehns noch eine nicht zu lange Zeit das Bier fortzubeziehen hat (JW. 06, 456[8]; OLG. Celle OLGR. 4, 205), oder wenn das Bier solange zu beziehen ist, bis ein gewährtes Darlehn durch den sog. Bierüberpreis getilgt ist (BayObLG. Recht 05, 368; wegen der Vertragsauslegung § 346 Anm. 2). Erst dann verstößt ein solcher Vertrag gegen die guten Sitten, wenn durch zu lange Vertragsdauer, zu hohe Vertragsstrafe oder sonstige im Falle der Kündigung eintretende Nachteile die gewerbliche Freiheit in einer der Aufhebung derselben nahekommenden Weise eingeengt wird (RGHG. 18, 101). So wird gegen § 138 Abs. 1 BGB. verstoßen, wenn allen Rechtsnachfolgern in der Wirtschaft ohne Zeitgrenze oder auf übermäßige Zeit der Bierzwang auferlegt werden soll (JW. 06, 453[6]). Es kommen überhaupt ähnliche Gesichtspunkte in Betracht wie bei zu weit gehenden Konkurrenzklauseln selbständiger Kaufleute (§ 22 Anm. 33ff.). Ein Bier- abnahmevertrag kann auch wegen Wuchers nichtig sein; die übermäßige Belastung durch zu lange Bindung und die dadurch etwa bedingte Wertminderung des Anwesens stellen jedoch keinen unverhältnismäßigen Vermögensvorteil im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB. dar

Digitized by Google

(RG. 19. 1. 93; Puchelts Z. 29, 451). (Lit.: Pohl, Die jur. Natur des Bierlieferungs- vertrags 04; Ehrenbacher, Der Bayer. Bierlieferungsvertrag 04; Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht Abt. I zu Art. 13 BayAG. 03). Exk. zu § 346.

2. Das **Versprechen eines Schweigegeldes** verstößt gegen die guten Sitten, wenn es gemacht wird, damit eine unbegründete Denunziation gegen den Versprechenden nicht weiter verfolgt werde (ROHG. 23, 226), oder um durch Nichtanzeige den Täter der Bestrafung zu entziehen, oder um ihm die Vorteile seines Verbrechens zu sichern (RG. 33, 338). Alsdann ist es einerlei, ob dem Versprechensempfänger eine Anzeigepflicht oblag, oder ob er schon vor Empfang des Versprechens zum Unterlassen der Anzeige entschlossen war (JW. 04, 404[5]). Dagegen ist ein Versprechen der Verschwiegenheit seitens des Beschädigten nicht unsittlich, wenn es gegeben wird, damit seine durch eine strafbare Handlung verletzten Privatinteressen gewahrt werden (RG. 33, 337; Verbürgung, damit keine Unterschlagungsanzeige erfolgt). Stand dem Versprechensempfänger aber gar kein Ersatzanspruch zu, so ist sowohl das Versprechen als dessen Annahme unsittlich (§ 817 Satz 2 BGB.; JW. 04, 404[5]; RG. 58, 204). Anm. 11.

3. Das **Abhalten vom Mitbieten**, richtiger ein Vertrag, der die Beseitigung der Konkurrenz bei einer öffentlichen Versteigerung bezweckt, ist nicht grundsätzlich unsittlich, z. B. dann nicht, wenn ein Hypothekengläubiger, der sonst bis zur Deckung seiner Hypothek mitgeboten hätte, durch das Versprechen, daß ihm der Betrag seiner Hypothek vom Ersteher bezahlt werde, sich vom Mitbieten abhalten läßt, weil ihm seine Verhältnisse die Übernahme des Grundstücks nicht gestatten, oder wenn der Steigerungslustige durch Erwerb des Grundstücks nur die Errichtung eines Konkurrenzgeschäfts verhüten wollte, und der Ersteher sich zur Unterlassung der Konkurrenz verpflichtet hat (RG. 32, 258, 261; JW. 90, 250[12]; 93, 207[48]), oder wenn mehrere Personen ein Grundstück gemeinsam durch eine derselben ersteigern lassen (RG. 30, 304; JW. 88, 107[37]). Nur darf die Sache nicht so liegen, daß die Vereinigung erfolgte, um sich das Grundstück nicht durch Überbieten zu verteuern (JW. 05, 682[3]); denn das Abhalten vom Mitbieten verstößt gegen das Sittengesetz, sobald der Zweck der öffentlichen Versteigerung, einen angemessenen Preis in freier Konkurrenz zu erzielen, vereitelt werden soll zum Nachteil des Schuldners (JW. 04, 537[5]). Daher ist eine Vereinbarung zweier Mitbewerber gegenüber einer öffentlichen Ausschreibung, wonach der eine Bewerber seine Preise höher greift, als der andere, um letzterem den Zuschlag zu verschaffen, nicht zu beanstanden (KG. 30. 3. 03 OLGR. 8, 425; dagegen Schneider in Holdheim 04, 222). Anders natürlich bei Verträgen über Nichtbeteiligung an behördlichen Submissionen (OLG. Posen OLGR. 7, 457). Hat sich z. B. ein Konsortium gebildet, um der Behörde gegenüber durch die Art der Preisstellung und des Nichtbietens den Glauben zu erwecken, daß wegen Mangels an Konkurrenz einem der Konsorten der Zuschlag zu geben sei, und um alsdann die Lieferung unter sich zu verteilen, so ist der Zuschlag durch auf Täuschung berechnete Mittel erreicht und daher unsittlich (RG. 17. 11. 91 in ElsLothZ. 17, 139). Ebenso ist es unsittlich, bei einer Zwangsversteigerung einen Steiglustigen durch Abfindung unter Benachteiligung der Realgläubiger vom Bieten abzuhalten (RG. 58, 401). Doch bedarf es in jedem einzelnen Falle der Prüfung, ob ein solcher Vertrag nach seiner ganzen Beschaffenheit und seinem Zweck zu einem unsittlichen zu stempeln ist (RG. 18, 219, 222). In der Rechtsprechung (RG. 26, 314; 32, 261; 51, 401; RGSt. 27, 106; 35, 393) ist zwar die fortdauernde Gültigkeit des § 270 Preuß. StGB. anerkannt, nach welchem der mit Strafe bedroht wird, der andere vom Mitbieten bei öffentlichen Versteigerungen durch (Zwang oder) Zusicherung oder Gewähren von Vorteilen abhält, also auf ihren Willen bestimmend einwirkt (RG. 9. 7. 97 GoltdA. 45, 360). Und es sind auch jetzt noch ähnliche partikularrechtliche Bestimmungen (Art. 412 code pénal für Elsaß-Lothringen, Art. 381 Hess. Polizeistrafgesetz v. 30. 10. 55; 10. 10. 71 RBl. 71 Anl. zu Nr. 35) in Kraft (RGSt. 10, 221; 37, 139). Allein durch diese Strafvorschriften sind die denselben entgegenhandelnden Verträge weder unsittlich noch auch nach § 134 BGB. nichtig. Selbst wenn eine verbotswidrige Handlung mit Strafe bedroht ist, bedarf es nach dem zweiten Halbsatz des § 134 BGB. der Ermittelung, ob das Verbotsgesetz nach Grund und Zweck etwa Anm. 12.

Digitized by Google

Exk. zu § 346. eine andere Folge als die der Nichtigkeit für das Gebiet des BGB. gewollt hat. Wer die Nichtigkeit vorschützt, hat daher eine dahingehende Absicht des Gesetzgebers darzutun. Regelmäßig ist allerdings die Nichtigkeit gewollt (RG. 16, 106; 17, 300); bei minder wichtigen Verboten, bei Zuwiderhandlungen gegen Polizei-, Steuer-, Zoll-, Fischerei- und Jagdgesetze oder gegen bloße Ordnungsvorschriften kann im Einzelfall sehr wohl die Nichtigkeit nicht gewollt sein, z. B. Spielen in einer verbotenen Lotterie (RG. 14, 84; 18, 79; 48, 177; 58, 280; JW. 02, 371[40], 375[53]); Verstöße gegen § 288 StGB. (RG. 6, 169; 48, 291; SeuffA. 37, 142); gegen § 241 KO. (RG. 56, 229); verbotswidriges Handeln mit Giftstoffen (DJZ. 05, 746); andere Beispiele (RG. 6, 169; 60, 276); insbesondere macht ein Zuwiderhandeln gegen oben gedachten § 270 Preuß. StGB., der nur einen Teil mit Strafe bedroht, das Rechtsgeschäft nicht ungültig; (RG. [vereinigte CS.] 60, 273; JW. 05, 167[4] — gegen RG. 51, 401).

Das Gegenstück zum Abhalten vom Bieten bilden die Vereinbarungen zur Verhinderung des Unterbietens; hierüber unten Anm. 28, 34ff.

Anm. 13. 4. **Weitere Beispiele:** Unsittlich sind Verträge, welche die Ausführung oder Beförderung des Schmuggels unmittelbar zum Gegenstand haben (RG. 42, 295; 56, 181); nicht aber Kaufgeschäfte, welche im Ausland geschlossen und dort zu erfüllen sind, aber verbotene Einfuhr ins Inland bezwecken (OLG. Hamburg 10. 6. 03; OLGR. 7, 459). Unsittlich sind zwar der Betrieb (RG. 57, 239); der Kauf eines Bordells (RG. 29, 106 u. RG. Urt. v. 27. 6. 04 HansGZ. 05 Beibl. Nr. 48) und die Hingabe von Darlehn sowie Warenlieferungen, welche den Bordellbetrieb überhaupt erst ermöglichen sollen (JW. 06, 454[7]); denn solche Geschäfte, wie z. B. die Zusicherung der Alleinlieferung von Waren mit Mindestbezugspflicht, dienen der Unsittlichkeit unmittelbar (JW. 03 Beil. 41[86]); auf diese Unmittelbarkeit läßt z. B. die übermäßige Preishöhe schließen; insbesondere wird dieser Umstand bei der an sich schon unsittlichen Vermietung eines Hauses zu Bordellzwecken zum Ausdruck kommen (RG. 38, 199; Puchelts Z. 34, 450); dagegen ist der gutgläubige Hypothekenerwerber durch § 892 BGB. geschützt (JW. 06, 226[10]) und ist auch die Hingabe eines Darlehns von § 138 Abs. 1 BGB. nicht getroffen, wenn in dem Darlehnsvertrag nicht ein eigenes Interesse des Darlehnsgebers am Bordellbetrieb hervortritt, z. B. durch besondere Vorteilseinräumungen (JW. 06, 331[5]; RG. in HansGZ. 05, Beibl. Nr. 48 S. 80). An sich noch nicht unsittlich ist der Verkauf eines Hauses zum Bordellbetrieb, sollte auch der Verkäufer diese Absicht des Käufers kennen (OLG. Hamburg OLGR. 8, 424; RG. 29, 106; 56, 231; RGSt. 24, 167), noch auch die Lieferung von Waren in ein Bordell oder an eine Dirne, die Gewährung von Darlehn und die Übernahme von Bürgschaften, welche in entfernte Beziehungen zu einem Bordellbetrieb gebracht werden können (RG. Gruch. 38, 881; Bolze 8 Nr. 359; OLG. Kolmar ElsLothZ. 28, 626). Unbedingt unsittlich ist der Abschluß eines fiduziarischen Geschäfts lediglich zu dem Zweck, das Vermögen dem Zugriff zu entziehen (RG. Gruch. 49, 345; Bolze 4 Nr. 538); wissentlich falsche Auskunftserteilung (JW. 02 Beil. 276[219]); Mißbrauch einer Vertrauensstellung zur Erlangung von Vorteilen (J.G. 48, 253; JW. 04, 482[5]); die Verabredung von Gesellschaftsmitgliedern, die Wahl zum Aufsichtsrat nicht anzunehmen oder das Amt eines solchen niederzulegen (RG. 57, 208; § 243 Anm. 2); die Anstiftung eines andern zur Verletzung vertraglicher Pflichten und die Beteiligung an einer solchen Verletzung, um Vermögensvorteile für sich zu erlangen (JW. 06, 16[15]); die Annahme von Geschenken oder der Zahlung einer Schuld mit der Kenntnis, daß die Anschaffungsmittel durch vorsätzliche Pflichtverletzung erlangt wurden (RG. 48, 293; JW. 05, 391[9]); Anmeldung einer Zeitung zum Postvertrieb, allein damit ein anderer sich des Zeitungsnamens, an dem dieser ein besonderes Interesse hat, nicht bedienen kann (RG. 53, 171); Kaufabschluß über eine wertlose, nur zur Verfälschung bestimmte Ware (OLG. Braunschweig SeuffA. 61, 177); das komplottmäßige Zusammenwirken in dem Bewußtsein, daß dadurch die Verwirklichung der Rechte eines Dritten vereitelt wird (RG. 58, 219; JW. 06, 61[13]). So verstößt auch der gegen die guten Sitten, der Angestellte der Konkurrenz veranlaßt, deren Kunden ihm

Digitized by Google

zuzuführen, und zwar auch dann, wenn das Abkommen nicht dahin geht, die Kunden zu einem Vertragsbruch zu verleiten (JW. 06, 198[15]), obgleich selbst Verleitung zum Vertragsbruch nicht ohne weiteres unter § 826 BGB. fällt (JW. 06, 465[23]). Über Konkurrenzverbote §§ 74, 75 u. § 22 Anm. 33ff. Nicht unsittlich ist der allerdings unlautere Geschäftskniff, wonach sich der wahre Verkäufer als Beauftragter eines Dritten ausgibt (RG. in Holdheim 15, 43). Auch kann durch Vertrag im voraus ein Rechtsmittel ausgeschlossen werden (JW. 03, Beil. 53[121]). Exk. zu § 346.

II. Wucher.

Lit.: Neubecker in DJZ. 02, 568 u. derf. Der abstrakte Vertrag S. 34; Eccius DJZ. 03, 41.

A. Die **maßgebende Gesetzesbestimmung** des Abs. 2 des § 138 BGB. lautet: Anm. 14.

> Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den Werth der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen.

B. **Allgemeines.** Das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 (RGBl. 109) in der Fassung des Gesetzes vom 19. Juni 1893 (RGBl. 197) hat nur noch strafrechtliche Bedeutung, weil Art. 47 EG. z. BGB. den Art. 3 des Wuchergesetzes, welcher die privatrechtlichen Folgen eines wucherlichen Geschäfts regelte, aufhebt, und § 138 Abs. 2 BGB. einen erweiterten selbständigen Wucherbegriff aufstellt. Der Abs. 2 des § 138 BGB. bringt zum Ausdruck: obgleich § 302a StGB. nur den gewohnheits- und gewerbsmäßigen Sachwucher unter Strafe stellt (RGSt. 25, 315) und ein solches Wuchergeschäft nur für den Fall der Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit für nichtig erklärt werden konnte, soll die Nichtigkeit auch in allen übrigen Fällen eintreten, in welchen weder von Gewohnheits- noch von Gewerbsmäßigkeit gesprochen werden kann, und ist jedes wucherliche Geschäft — mag es als Sach- oder als Kreditwucher zu betrachten sein — immer nichtig. Das Handelsrecht kommt nicht zur Anwendung, denn der Gewerbebetrieb des Wucherers ist kein Handelsgewerbe, und er selbst ist nicht Kaufmann (§ 1 Anm. 22). Anm. 15.

C. Der **Wucherbegriff** setzt sich aus **objektiven** und **subjektiven** Erfordernissen zusammen. Anm. 16.
Objektiv verlangt § 138 Abs. 2 BGB.: Versprechen oder Gewähren von Vermögensvorteilen für eine Leistung, welche deren Wert dergestalt übersteigt, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen, sowie ein Ausnützen (Ausbeuten) der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Vertragsgegners, der eine physische Person, eine Gesellschaft oder eine juristische Person sein kann. Subjektiv in der Person des Wucherers: Bewußte Ausnützung des Vertragsgegners zur Erlangung übermäßigen Gewinnes, also Kenntnis der Notlage, des Leichtsinns, der Unerfahrenheit sowie Kenntnis der Voraussetzungen, die auf ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung schließen lassen (RGSt. 29, 82). Daß der Wucher an und für sich ein unsittliches Geschäft ist, bedarf keiner Ausführung. Obgleich daher der Wucher als ein Einzelfall der in Abs. 1 des § 138 BGB. behandelten unsittlichen Geschäfte („insbesondere") zu betrachten ist, bedarf es doch nicht außer den im Abs. 2 des § 138 BGB. aufgestellten Erfordernissen auch noch der Feststellung der Unsittlichkeit. Der Wucher ist für sich allein ein selbständiger Nichtigkeitsgrund (JW. 05, 366[5]).

I. Die **objektiven Erfordernisse.** Zum Zweck der Ermittelung des auffälligen Mißverhältnisses der erlangten Vermögensvorteile sind bei Vergleichung von Leistung und Gegenleistung alle Umstände einschließlich des Risikos des Gläubigers und der Vorteile des Schuldners in Betracht zu ziehen (RG. 46, 117; RGSt. 20, 282); auch der Zinsfuß bedarf der Berücksichtigung (RGSt. 23, 123), und zwar beim Zinswucher der übliche Zinsfuß (JW. 02, 274[23]). Unter dem Wert der Leistung im § 138 Abs. 2 BGB. ist der objektive Wert und zwar der objektive Wert der vertragsmäßig zu gewährenden Leistung, nicht der Anm. 17.

Digitized by Google

Erl. zu § 346. objektive Wert des tatsächlich Geleisteten zu verstehen (RGSt. 29, 84). Die vertragswidrige Minderwertigkeit der Leistung kann nur etwa für sich allein eine selbständige wucherische Ausbeutung enthalten. Bei Bemessung des Vermögensvorteils bei einem Kauf ist von dem allgemeinen Verkehrswert der gekauften Sache zwar auszugehen (RG. 19. 10. 04 SeuffA. 60, 218); allein es müssen die subjektiven Verhältnisse des angeblich Bewuchernden mit herangezogen werden. Einem Kaufmann, welcher eine großes Risiko mit sich bringende Kundschaft oder einen anspruchsvollen Kundenkreis bedienen muß, der auf Neuheit, besondere Geschmacksrichtung oder Ausstattung den höchsten Wert legt, muß bei seiner Preisstellung dieses individuelle Moment zustatten kommen, soweit die Grenzen loyalen Geschäftsverkehrs nicht überschritten sind (RG.; Gruch. 46, 899; JW. 05, 366[3]). Auf die zivilrechtliche Gültigkeit der Leistung des angeblich Bewucherten kommt es für das Mißverhältnis nicht an, sondern nur auf die wirtschaftliche Vollwertigkeit. Diese Vollwertigkeit braucht nicht gerade auf die Sicherheit der rechtlich verhafteten Personen oder bestellten Pfänder gegründet zu sein; rein tatsächliche Umstände — Wille des Schuldners zu zahlen, Vorhandensein zur Zahlung geneigter Verwandten oder andere den Schuldner zur Zahlung zwingende Gründe — können seine Leistung zu einer ganz oder nahezu vollwertigen machen. Daher ist ein Wucher auch dann möglich, wenn der Schuldner seinem Gläubiger ungültige Wechsel hingegeben hat; nur die Risikoprämie des Gläubigers wurde alsdann erhöht.

Ob die im Mißverhältnis stehenden Vermögensvorteile vor Vertragsschluß *versprochen* oder nachträglich *gewährt* worden sind, bedarf keiner strengen Unterscheidung, weil Versprechen und Gewähren ineinanderlaufende Begriffe sind (RGSt. 15, 334; 32, 145). Auch ein bloßes Bewilligen nicht verlangter Vorteile reicht schon aus (RGSt. 3, 218; RG. 30, 41). Entscheidend ist, ob solch übermäßige Vorteile in Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit erlangt worden sind.

Anm. 18. 1. Zu einer *Notlage* genügt eine eingebildete Notlage selbst dann nicht, wenn beide Teile ernstlich an eine Notlage glaubten. Das Gesetz verlangt zu einer Notlage nicht nur das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Zwangslage sondern eine derart drängende Not, daß diese die wirtschaftliche Existenz des Darlehn- oder Kreditsuchenden bedroht (JW. 05, 75[9]; RGSt. 28, 290). Wenn auch eine augenblickliche Notlage genügt (RGSt. 5, 9), so reicht doch eine vorübergehende Geldverlegenheit oder die schwere Verkäuflichkeit eines Warenlagers nicht hin (RG. im Recht 03, 575 Nr. 2903). Die Notlage ist eine eingebildete, wenn von dem Bedrängten Hilfsquellen infolge irriger Vorstellungen nicht benützt worden sind; dagegen ist die Notlage eine echte, wenn der Schuldner die Hilfsquellen nicht kannte oder im Interesse seiner wirtschaftlichen Existenz davon keinen Gebrauch machen konnte (RGSt. 4, 391; 12, 304). Weder von einer Notlage noch von einem Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung kann bei Eingehung gewagter Geschäfte die Rede sein, wenn der Bestimmungsgrund die Aussicht auf hohen Gewinn war (JW. 03 Beil. 53[122]).

Anm. 19. 2. *Leichtsinn* ist Mangel an Überlegung und Sorglosigkeit, so daß den Folgen der bei vollem Bewußtsein vorgenommenen eigenen Handlungen keine oder doch nicht die verdiente Bedeutung beigelegt wird (RG. bei Gruch. 34, 1218; RG. 30, 40; 46, 121). Diese unüberlegte Behandlung von Geschäften darf nicht nur aus verschwenderischen Neigungen und der sonstigen Lebensweise, z. B. eines Spielers, geschlossen werden, sondern sie muß sich aus dem Rechtsgeschäft selbst ergeben (RGSt. 27, 18).

Anm. 20. 3. *Unerfahrenheit* bedeutet Mangel an Einsicht, Geschäftskenntnis und Lebenserfahrung im allgemeinen oder auf einem beschränkten Gebiet des geschäftlichen Verkehrs. Diese Unerfahrenheit kann in der Unkenntnis der Gelegenheit zu Geldbeschaffung (RGSt. 25, 319), nicht aber darin gefunden werden, daß der Benachteiligte über Höhe und Wert der Gegenleistung im unklaren war; denn Unerfahrenheit ist nicht gleichbedeutend mit Unkenntnis (JW. 04, 585[32]). Selbst ein Generalversammlungsbeschluß ist vom RG. in JW. 06, 491[23] als wucherisches Rechtsgeschäft erklärt in einem Fall, in dem der Vorstand einer Krankenkasse sich unter Ausbeutung der „Unerfahrenheit und des Leichtsinns der Kassenmitglieder"

Digitized by Google

übermäßige Bezüge bewilligen ließ; über den rechtlichen Charakter von Generalversammlungs- beschlüssen § 260 Anm. 4ff. und RG. 52, 288. Exk. zu § 346.

II. Nach der subjektiven Seite verlangt der Wucherbegriff, daß die in Anm. 17—20 hervorgehobenen, die Willensfreiheit des Schuldners beeinflussenden Umstände dem Gläubiger bekannt waren und von ihm ausgebeutet worden sind (RGSt. 28, 290). Diese Ausbeutung erheischt weder ein arglistiges Verhalten noch ein gegen die guten Sitten verstoßendes Gebaren noch auch die Absicht der Ausbeutung. Es genügt das Bewußtsein der Ausnützung zum Zweck der Erlangung eines übermäßigen Vermögensvorteils schon für sich ganz allein (JW. 05, 134[7]; RG. 60, 11). Es genügt aber nicht das Wissenmüssen oder Wissenkönnen. Nicht erforderlich ist, daß der Wucherer gerade die für die Vollwertigkeit der Leistung des Gegners maßgebenden Umstände kannte, wenn nur seine Vorstellung von der Vollwertigkeit sich mit der wirklichen Sachlage in ihrem Endergebnis deckt. Wer aber gar nicht ausnützen will, d. h. einen Anspruch auf das Versprochene oder Gewährte nicht erwerben wollte, dem fehlte auch das Bewußtsein der Ausbeutung (RGSt. 15, 334). [Für die Handlungen seines Reisenden hat der Geschäftsherr einzustehen, wenn er ihn als seinen Vertreter gelten lassen muß und bei dem Vertreter die subjektiven Erfordernisse vorhanden sind (RG. 60, 11)]. Es gehören also zum Begriff der Ausbeutung nicht weitere Momente, wie Mißbrauch der Autorität, eines Abhängigkeitsverhältnisses, des Übergewichts des Alters; es können solche Momente aber von symptomatischer Bedeutung werden (RG. 46, 121). Ob der Bewuchernde die Vorteile für sich oder einen Dritten erstrebt, ist gleichgültig (RGSt. 5, 366; 8, 17). Anm. 21.

D. 1. Die Nichtigkeit des ganzen Geschäftes ist die Folge des Verstoßes gegen das Wucherverbot, weil nach § 139 BGB. im Zweifel (vgl. RG. 57, 164; 59, 174) nach dem Parteiwillen jedes Rechtsgeschäft ein einheitliches Ganzes bildet. Einerlei ist die Form, in welche das wucherliche Geschäft eingekleidet worden sein mag; ob ein abstraktes Geschäft vorliegt (Eccius cit.), ob Kredit- oder Sachwucher gegeben ist, ob etwa mit Wissen und Willen des Bewucherten der wucherische Charakter durch ein Geschäft anderer Art verdeckt wurde, oder ob dieser Wille der Verschleierung nur beim anderen Teil vorhanden war, macht nichts aus (RGSt. 21, 434). Auf die Strafbarkeit kommt es überhaupt nicht an (RGSt. 35, 113). Die Nichtigkeit des wucherischen obligatorischen Geschäfts (des Kausalgeschäfts) ergreift auch das entsprechende dingliche Erfüllungsgeschäft, also die Eigentumsübertragung (RG. 57, 96; JW. 04, 168[7]), die Hypothekenbestellung (RG. 36, 314). Nicht im Widerspruch damit steht oben Anm. 5, weil der Wucherbegriff eigenartig ist, noch auch, daß gegenüber einem Wechsel der Wucher in Form einer Einrede in den Schranken des Art. 82 WO. geltend zu machen ist (RG. 8, 97; JW. 83, 186[29]); denn die Ausstellung eines Wechsels für ein wucherisches Geschäft hat selbständige Bedeutung. Der § 138 Abs. 2 BGB. trifft nicht nur darlehnsartige Geschäfte, sondern jedes Geschäft (RG. 43, 116; RGSt. 18, 332). So kann ein wucherisches Geschäft liegen in einem Losverkauf (RGSt. 20, 129), in einem Stundungs- oder Kreditvertrag (RGSt. 25, 316), in einem Pfand- oder Rückkaufgeschäft (RGSt. 4, 203; 28, 291), in Einräumung eines Vorkaufsrechts (RG. 30, 42), im Ankauf einer Forderung (RGSt. 25, 315; 35, 112), in einer Wechseldiskontierung (RGSt. 18, 181; 28, 135), im Eingehen einer stillen Gesellschaft (RG. 46, 112; JW. 00, 556[10]; § 335 Anm. 22), in einem Dienstvertrag (§ 59 Anm. 33), in einem Generalversammlungsbeschluß (oben Anm. 20), in einem Kauf und selbst bei Ausbedingung übermäßiger Vorteile in einer Vermittlertätigkeit. Wenn in letzterem Fall RGSt. 29, 79 die Frage für den Sachwucher bejaht, dagegen RGSt. 28, 291 dieselbe Frage für den Kreditwucher verneint hat, so liegt dieser Verschiedenheit eine die zivilrechtliche Seite nicht berührende Besonderheit des § 302a RStGB. zugrunde (RGSt. 35, 112; 36, 226). Auch ein Wucherkomplott ist denkbar (RGSt. 36, 226). Anm. 22.

2. Die Wirkungen der Nichtigkeit beurteilen sich allein nach dem bürgerlichen Recht (oben Anm. 15). Wegen Verstoßes gegen das Wucherverbot kann nicht nur keine Erfüllung verlangt werden, sondern es kann der Bewucherte auch seine Leistung zurückfordern (§§ 817, 819 BGB.). Andererseits kann aber auch der Wucherer das von ihm Geleistete zurückbegehren (§ 812 Anm. 23.

Digitized by Google

Exk. zu § 346. BGB.); denn die Nichtigkeit betrifft den ganzen Bestand des wucherlichen Rechtsgeschäfts, so daß eine Trennung nicht möglich ist. Diese Auffassung war schon nach dem alten Rechtszustand auf Grund des Art. 3 des Wuchergesetzes vom 24. Mai 1880 in der Fassung des Ges. v. 19. Juni 1893 in der Rechtsprechung anerkannt (RG. 11, 191; JW. 00, 347[17]). Bei Einstellung des Art. 47 EG. z. BGB. glaubte man an dem seitherigen Rechtszustande nichts zu ändern. Man kann nicht mit Dernburg (I § 127 II; ähnlich Oertmann § 817 Anm. 6, der noch § 814 BGB. heranzieht) in entsprechender Anwendung des § 817 BGB. dem Wucherer das Recht auf Rückforderung seiner Leistung deshalb versagen, weil ihm ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last falle; denn nicht durch seine Leistung sondern durch Erstreben übermäßigen Vorteils verstößt er gegen das Sittengesetz. Da das wucherische Geschäft in seinem ganzen Umfang nichtig ist, so ist der Wucherer nicht etwa, wie Dernburg annimmt, nur um den Unterschied zwischen seiner Leistung und der Gegenleistung sondern um das Ganze bereichert (Planck § 138 Anm. 4). [Über die Nichtigkeit eines unsittlichen Geschäfts, das nicht wucherlich ist, vgl. oben Anm. 5.] Dem Bewucherten stehen neben seinem Rückforderungsrecht Schadensersatzansprüche gegen den Wucherer aus § 826 BGB., und, falls es sich um strafbaren Wucher handelt (was bei Sachwucher nur im Fall der Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit zutreffen kann — RGSt. 25, 315), auch wegen unerlaubter Handlung aus § 823 BGB. zu. Der gutgläubige dritte Erwerber einer wucherischen Forderung ist zwar unter allen Umständen vor Strafverfolgung (RGSt. 36, 376), damit aber noch nicht vor der Einrede des Wuchers geschützt; denn der Nichtigkeit des ganzen Geschäfts gegenüber nützt der gute Glaube nichts. Der gutgläubige Erwerber kann sogar dem § 826 BGB. ausgesetzt sein, wenn dessen Voraussetzungen bei ihm vorliegen (vgl. JW. 06, 379[7]).

Anm. 24. 3. Eine **Heilung** der **Nichtigkeit** findet nicht statt, weil ein von Anfang an nichtiges Geschäft nicht genehmigt, sondern nach § 141 BGB. nur neu und zwar frei von dem wucherischen Charakter vorgenommen werden kann (JW. 05, 639[4]; 03 Beil. 42[87]). Man kann sich daher über ein wegen Wuchers angefochtenes Geschäft rechtswirksam vergleichen, nur darf der Vergleich nicht selbst wucherlich sein.

Anm. 25. Selbst ein **rechtskräftiges Urteil**, das zugunsten eines wucherischen Geschäfts erwirkt worden, ist einer Anfechtung aus § 138 Abs. 2 BGB. nicht entzogen. Das Reichsgericht stellt in einem Urteil vom 6. 6. 01 (RGSt. 34, 282) den Satz auf, es sei der wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig, der ein bewußterweise zu offenbarem Unrecht ergangenes, aber wegen Säumigkeit des Schuldners rechtskräftig gewordenes Urteil zur Vollstreckung mißbrauche. In dieser Allgemeinheit läßt sich ein solcher Satz nicht aufstellen. Im Gegenteil ist im allgemeinen davon auszugehen, daß ein zugunsten eines unsittlichen Geschäfts erwirktes Urteil unanfechtbar wird, wenn der Verurteilte es unterläßt, den Eintritt der Rechtskraft durch die gegebenen prozessualen Rechtsbehelfe zu verhindern. Nur ausnahmsweise muß die Rechtskraftwirkung zurücktreten, wenn das Urteil auf eine Weise herbeigeführt worden ist, die als eine unerlaubte Handlung oder als ein Verstoß gegen die guten Sitten sich darstellt; solche Ausnahmsfälle sind z. B. gegeben, wenn das Urteil nach dem Willen beider Teile zum Schein erwirkt worden ist (RG. 36, 249; 46, 75; vgl. JW. 06, 234[20]); wenn der siegreiche Kläger wußte, daß gar keine Schuld des Beklagten bestand, die Existenz aber beschworen und so durch Meineid das Urteil erlangt hat (RG. 1, 67; 46, 79). Wenn der noch in Notlage befindliche Bewucherte sich durch das Vorgeben, der Wechsel werde nur der Form wegen eingeklagt, von dem Urteil werde kein Gebrauch gemacht, vom Vorbringen der Wuchereinrede abhalten ließ, so liegt im Erwirken des Urteils eine Fortsetzung des wucherischen Treibens (RG. 39, 142). Wenn der Wucherer unter absichtlicher Verschweigung des ihm bekannten ausländischen Aufenthaltsorts des Gegners eine öffentliche Zustellung der Klage vornehmen ließ, so ist das in der Folge erlangte Versäumnisurteil durch Täuschung des Richters erschlichen. Nach § 826 BGB. erwächst hieraus gemäß § 249 BGB. die Pflicht zu Wiederherstellung des früheren Zustandes, d. h. zu Herausgabe des Titels und Unterlassung der Vollstreckung (RG. 48, 118; JW. 05, 683[4]; vgl. über die Frage Dernburg in

Digitized by Google

DJZ. 05, 465). Einstweilige Verfügung zur Sicherung eines solchen Anspruchs ist zulässig (RG. 61, 359). Exk. zu § 346.

E. **Der Abs. 2 des § 138 BGB. gibt zwingendes Recht.** Daher hat der Richter ein wucherisches Rechtsgeschäft nach seinem eigenen Recht zu beurteilen, ohne Rücksicht auf einen ausländischen Entstehungs- oder Erfüllungsort (Art. 30 EG. z. BGB.; RG. 46, 114). Auch der Zeitpunkt der Entstehung des wucherischen Anspruchs ist daher bedeutungslos (RG. 47, 103; JW. 03 Beil. 53[122]; RG. im Recht 03, 290 Nr. 1532; a. M. Dernburg I § 127 II Anm. 19. Anm. 26.

III. Der Kontrahierungszwang. Anm. 27.

Lit.: Biermann in IheringsJ. 32, 267.

Ist das Publikum zufolge der Unentbehrlichkeit einer Anstalt für den Geschäftsverkehr oder für das Gemeinwohl gezwungen, sich den veröffentlichten Bedingungen der Anstalt zu unterwerfen (§ 346 Anm. 15), so kann es sich als ein Handeln gegen die guten Sitten darstellen, wenn ein einzelner aus illoyalen Gründen von diesen Bedingungen ausgeschlossen wird (ein ähnlicher Gedanke liegt dem § 453 zugrunde). In solchem Fall ist die Schadensersatzklage gemäß § 826 BGB. und, wenn die Gefahr der Wiederholung besteht, auch die Klage auf Unterlassung möglich (RG. 48, 118; 56, 286). So wird man in dem Verhalten eines Transportunternehmens, das sich im Besitz eines tatsächlichen Transportzwanges befindet, aber es ablehnt, mit einzelnen nach Maßgabe der dem Publikum angekündigten allgemeinen Tarife abzuschließen, einen Verstoß gegen die guten Sitten erblicken, wenn diese Haltung die Unterdrückung der Konkurrenz, also unlauteren Wettbewerb bezweckt (RG. 48, 127; JW. 01, 349). Auch wird man eine gleichmäßige Berücksichtigung aller Abnehmer verlangen können. Nichts Anstößiges dagegen ist in der Verpflichtung zu finden, den ganzen Jahresbedarf ausschließlich bei einer bestimmten Firma zu decken oder die gesamte Jahresproduktion an eine bestimmte Firma zu liefern, noch auch in der Verpflichtungsübernahme dahin, daß ein Abnehmer dafür einsteht, es werde keiner seiner Kunden über ein gewisses Gebiet hinaus gewisse Waren verkaufen (RG. in Holdheim 14, 165; SächsA. 15, 63); gegen Dritte wirkt eine solche Verfügungsbeschränkung nicht (§ 137 BGB.; s. JW. 06, 578[57]). Ist die Macht eines Unternehmens, z. B. eines Syndikats, noch keine einem Monopol gleichstehende, wohl aber eine derart den Markt beherrschende, daß die Konsumenten sich unverhältnismäßigen Opfern unterziehen müssen, wenn sie sich den seitens des Unternehmens gesetzten Bedingungen nicht unterwerfen und anderweit ihren Bedarf decken wollen, so kann z. B. die von einem Frachtführer in Mißbrauch seiner monopolartigen Stellung durchgesetzte Haftungsbeschränkung (RG. 20, 117) einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeuten; anderseits bringt dieses Abhängigkeitsverhältnis nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für das Unternehmen auch gesteigerte Pflichten mit sich. Diese Pflichten äußern sich darin, daß der Unternehmer hinsichtlich der von ihm den Abnehmern zum Zwecke der Geschäftsabschlüsse gemachten tatsächlichen Angaben, die nur von den Unternehmern richtig und in ihrer vollen Tragweite zu erkennen waren, besonders gewissenhaft verfahren muß. Als arglistige Täuschung nach § 123 BGB. kann daher schon ein Verschweigen der näheren Umstände in jenen Angaben betrachtet werden, wenn die Leiter des Unternehmens sich bewußt waren, daß die Kenntnis jener Umstände auf die Entschließung der Abnehmer von entscheidendem Einfluß sein werde (RG. 10. 6. 04 in Holdheim 04, 300; JW. 04, 453[9]). Durch Schiedsverträge kann nicht bewirkt werden, daß über die Gültigkeit solcher als nichtig angefochtener Verträge ein Schiedsgericht entscheide; denn die Nichtigkeit ergreift auch die Schiedsgerichtsklausel. Weiteres unten Anm. 36.

IV. Syndikate.

Lit.: Gutachten v. Schneider, Scharlach, Dove, Verhandl. des 27. D. Juristentages I 3ff.; II 28ff. u. 45ff. u. IV 467; Rundstein, Die Konkurrenzverbote in den Kartellverträgen, ABürgR. 25, 94; Liefmann, Kartelle und Trusts, Stuttgart 05; derf. in Z. Volksw. 13, 440; Denkschrift über das Kartellwesen (Teil I u. II), Reichstagsvorl., 11. Legislaturper. II. Session

Digitized by Google

Exk. zu § 346. 1905/1906 Nr. 4 u. 351; Kartellrundschau, Zeitschr. f. Kartellwesen u. verw. Gebiete, Wien. E. W. Stern; Baumgarten-Meszlény, Kartelle und Trusts, Berlin 06; Liechti, Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben, Zürich 97.

Anm. 28. A. Unter einem **Syndikat** (Kartell, Ring, Union) versteht man im allgemeinen eine Vereinigung selbständiger Unternehmer zum Zweck, die Preisbildung der von ihnen hergestellten oder vertriebenen Waren auf dem Vertragsweg zu bestimmen — gleichviel, ob die Preisbestimmung durch Gebiets-, Produktions- oder Gewinnkartellierung erreicht werden soll. Einer scharfen Begriffsbestimmung entziehen sich diese Gebilde, weil sie in jeder Form der Vergesellschaftung auftreten, und zu ihnen auch die loseren kartellartigen Verbände zählen (Konventionen, Koncerne), die auf einfachen, nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilenden Einzelabmachungen beruhen. Wesentlich ist diesen Vereinigungen eine Bindung der Mitglieder durch vertragliche Unterwerfung unter einheitliche Zahlungs- oder Lieferungsbedingungen, durch Vereinbarungen über Rabattgewährung, Festsetzung von Umsatzprämien, Regelung technischer Betriebsfragen usw., sowie eine monopolistische Tendenz. Diese Tendenz äußert sich in einem Zwang gegen die eigenen Mitglieder zur Einhaltung der eigenen Bedingungen meist unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte, in einem Zwang gegen die Konkurrenten, gerichtet auf Eintritt in den Verband und endlich in einem Zwang gegen die Abnehmer durch die so erlangte Monopolstellung zur Bewilligung gewisser Preissätze.

Diese Bestrebungen verstoßen an sich nicht gegen die Gewerbefreiheit, weil sie dazu dienen können, Schutz gegen unangemessene Entwertung gewisser Erzeugnisse und Preisunterbietungen einzelner (Schleuderpreise) zu gewähren. Nur dann würde das allgemeine Interesse und die individuelle gewerbliche Freiheit des einzelnen verletzt (§ 1 GewO.), wenn die freie Betätigung wirtschaftlicher Kräfte zu Spekulationszwecken unterbunden und ein tatsächliches Monopol zum Zweck wucherischer Ausbeutung der Konsumenten geschaffen werden sollte, oder wenn die Erwerbsfreiheit des einzelnen völlig aufgehoben, nicht nur beschränkt werden wollte (RG. 28, 238; 38, 155; 56, 271; JW. 02, 283[237]). In diesem Fall kann man daher auch nicht mehr von einem berechtigten Selbsterhaltungstrieb reden, sondern es verstößt ein solches Gebaren auch gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB.; BayObLG. in SeuffBl. 53, 191; RG. 28, 238; 56, 271).

Werden die so gezogenen Grenzen eingehalten, so läßt sich gegen die Gültigkeit solcher Produktions- oder Preisvereinbarungen auch nicht § 152 GewO., wonach Verabredungen Gewerbetreibender zum Zweck der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen wirkungslos sind, entsprechend anwenden (RG. 38, 155; 53, 19). Wegen Anwendung des § 123 GewO. auf widerrechtliche, übrigens auch unter § 826 BGB. fallende Kartellbestrebungen zur Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen vgl. RGSt. 30, 359; 36, 236; JW. 06, 595[1].

Anm. 29. B. **Die Form des Syndikats ist dem Belieben der Vertragschließenden anheimgegeben.** Es kann als Verein ebensogut zur Entstehung gelangen und zwar als rechtsfähiger und als nicht rechtsfähiger Verein, wie als Gesellschaft des BGB. oder des HGB., als Gesellschaft m. b. H., als Genossenschaft; jedoch nicht als Zwangsinnung, weil nach § 100q GewO. Innungsmitglieder den hier fraglichen Beschränkungen nicht unterworfen werden dürfen. Wie schon in Anm. 28 angedeutet, sind die Syndikatsmitglieder nicht auf irgendeine Form der Bindung beschränkt, sie können sich auch durch Einzelverträge ohne Vergesellschaftung binden; anderseits wird auch nicht selten einer außerhalb der Produzentenvereinigung stehenden Person der gemeinsame Absatz übertragen (Verkaufskontor, Verkaufs- oder Geschäftsstelle). Wegen der Flüssigkeit der Rechtsbildungen bietet es mitunter Schwierigkeiten zu beurteilen, welche Rechtsform man vor sich hat.

Anm. 30. 1. Ein nicht rechtsfähiger Verein im Sinne des § 54 BGB., der aber passive Parteifähigkeit nach §§ 50 Abs. 2, 735 CPO. besitzt, also als Verein verklagt werden und nach § 213 KO. in Konkurs gehen kann, liegt vor, wenn das Wesen der Syndikatsvereinigung auf wechselndem Mitgliederstand beruht, der körperschaftlich organisiert ist, d. h. satzungsgemäß

Digitized by Google

durch Mehrheitsbeschlüsse geleitet und nach außen durch ein unter einem Gesamtnamen handelndes Organ vertreten wird (RG. 60, 94; JW. 06, 452[4]). Ob und welche Mitglieder der Verein aufnehmen will, steht in seinem Ermessen. Der Eintritt kann nicht mit der Begründung erzwungen werden, daß die Nichtaufnahme erhebliche Nachteile für den Gewerbebetrieb des Nichtmitgliedes im Gefolge habe und deswegen gegen die guten Sitten verstoße (§ 826 BGB.; RG. 60, 103). Der Geschäftsführer eines solchen Vereins verpflichtet durch sein Auftreten, wenn ihm durch die Satzung die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, die Vereinsmitglieder im Zweifel samtverbindlich (§§ 54, 714 BGB.), mag auch satzungsmäßig die Haftung auf den Anteil am Vereinsvermögen beschränkt sein. Hat der Dritte aber bei Geschäftsabschluß diese die Haftung auf das Vereinsvermögen begrenzende Satzungsbestimmung gekannt, so kannte er die beschränkte Vollmacht des Geschäftsführers und muß daher diese Beschränkung gelten lassen (§ 167 BGB.; JW. 06, 298[3]). Die Auflösung richtet sich nach §§ 39, 41, 43 BGB. Erl. zu § 346.

2. Eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts liegt vor, wenn die Vertragschließenden sich zum Zwecke der Einschränkung ihrer Gesamtproduktion entsprechend dem Bedarf des Marktes verpflichten, ihre ganze Produktion, die durch eine Kommission für das einzelne Mitglied entsprechend seiner Produktionsfähigkeit auf eine gewisse Beteiligungsziffer festgesetzt wird, an eine von ihnen eingerichtete Verkaufszentrale zu liefern. Diese Zentrale besorgt dann den Absatz und nimmt die Gewinnbeteiligung vor. Die Verkaufszentrale verfolgt das gemeinschaftliche Ziel für Rechnung der Kontrahenten. Ist die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen, so kann die Kündigung jederzeit, ist sie aber auf bestimmte Zeit eingegangen, so kann die Kündigung nur bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes erfolgen. Dieses Kündigungsrecht kann nicht durch Festsetzung einer Vertragsstrafe oder sonstige Nachteile erschwert werden (RG. 30, 83; JW. 05, 688[10]; vgl. RG. im Recht 05, 679 u. RG. 61, 328). Als ein wichtiger Grund ist es anzusehen, wenn nicht nur ein Irrtum in der Beteiligungsziffer des einzelnen Mitgliedes richtiggestellt, sondern dieser Beteiligungsmaßstab durch Gesellschaftsbeschluß ohne Zustimmung des Betroffenen zu dessen Nachteil ungerechtfertigterweise geändert oder auch nur zeitweilig bestritten wird. Die so hervorgerufene Unsicherheit bedeutet eine mindestens grobfahrlässige Verletzung wesentlicher gesellschaftlicher Verpflichtungen durch andere Gesellschafter (§ 723 BGB.). Ferner liegt es im Wesen eines Syndikat- oder Kartellvertrags, daß das einzelne Mitglied sich nur solange binden will, als der Zweck der Vereinigung noch erreicht werden kann (§ 723 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Daher liegt ein wichtiger Grund zu vorzeitiger Kündigung darin, daß die Mehrzahl der Mitglieder sich, wenn auch grundlos, von der Vereinigung lossagt (RG. 53, 22; 56, 271). Eine Vereinbarung, daß die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen soll (§ 736 BGB.), wäre meist zwecklos, weil der Ausscheidende seine wirtschaftliche Freiheit zurückgewinnt, und so das ganze Kartell in Frage gestellt wird. Anm. 31.

Schadensersatzansprüche werden dadurch gegen die Vertragsbrüchigen nicht beseitigt. Daß die bloße Hemmung der gewerblichen Freiheit keinen Grund zum Rücktritt abgibt, ist schon oben Anm. 28 hervorgehoben (RG. 28, 244; 38, 155).

3. Ein Kaufgeschäft, und zwar ein Lieferungskauf liegt vor, wenn unter den Syndikatsmitgliedern der Absatz derart geregelt ist, daß einem außerhalb der Produzentenvereinigung stehenden selbständigen Unternehmen, z. B. einer Aktiengesellschaft, der Vertrieb der Ausbeute mehrerer Zechen, die unter sich die Beteiligungsziffer der einzelnen Zechen an der Lieferung bestimmen, zu irgendwie z. B. durch eine Kommission festzusetzenden Preisen überlassen wird. Die Aktiengesellschaft wird als wirtschaftliche Zentrale zur Abnahme und Zahlung der so ermittelten Preise verpflichtet. Die Aktiengesellschaft ist alsdann, obgleich sie zugleich als Syndikatsorgan angesehen werden muß, (selbständige) Käuferin der Jahresproduktion. Der mit ihr erfolgte Abschluß kann nicht vor der Zeit widerrufen werden. Ebensowenig werden durch Veräußerung oder Verpachtung von den Zechen gehörigen Bergwerken, Vereinigung aller Kuxe einer Gewerkschaft in einer Hand oder durch Auflösungsbeschluß einer Gewerkschaft die Anm. 32

Digitized by Google

Exk. zu § 346. Pflichten der Zechen gegen die Aktiengesellschaft hinfällig (RG. 23, 202; 48, 305 ff.; vgl. RG. 29. 11. 04 u. 2. 12. 05 in Holdheim 14, 152 u. 15, 50).

Anm. 33. 4. Bei unbestimmter Vertragsform lassen sich wegen der Eigenartigkeit des Syndikatsverhältnisses die Grundsätze des BGB. über Gesellschaften (§ 705 BGB.) nicht immer unbedingt anwenden. So ist insbesondere nicht, wie Schneider (a. a. O. I 50) und ihm zustimmend Scharlach (a. a. O. II 32) annehmen, immer eine vorzeitige Kündigung nach § 723 BGB. möglich, z. B. nicht, wenn es an einer Einlage fehlt. Wohl aber läßt sich in einzelnen Fällen, z. B. wenn eine Anzahl Gewerbetreibender sich lediglich zur Einhaltung von Mindestpreisen verpflichtet, wegen des gesellschaftsähnlichen Charakters der Vereinigung dieselbe als Gesellschaft behandeln (RG. 53, 20; JW. 03, 13[33]; oben Anm. 31).

Anm. 34. C. Der **Zwang gegen die Mitglieder** des Syndikats äußert sich hauptsächlich nach folgenden Richtungen:

1. Der Gewerbebetrieb der Mitglieder wird gewissen Vorschriften unterworfen, wobei die Erfüllung dieser Bedingungen durch die Vereinbarung von Vertragsstrafen gesichert wird. Solche Vereinbarungen genießen rechtlichen Schutz, wenn der Gewerbebetrieb der Gesamtheit durch Verhütung von Entwertung lebensfähig erhalten werden soll. Nur wenn — entsprechend wie bei den Konkurrenzverboten — die vertragsmäßigen Beschränkungen, die der Beitritt nach sich zieht, nach Art, Umfang oder Zeit, für welche der Vertrag eingegangen ist, so einschneiden, daß die wirtschaftliche Individualität gleichsam aufgehoben wird, ist der ganze Vertrag, einschließlich der Strafgedinge, nicht bindend (oben Anm. 28). Eine solch übermäßige Bindung liegt nicht vor, wenn sich das Mitglied eine Verkaufskontrolle gefallen lassen muß (RG. 38, 155; 53, 187), nicht einem andern Verkaufsverein beitreten darf (RG. in Holdheim 15, 49), oder die Haftung dafür zu übernehmen hat, daß auch seine Abnehmer die kartellierte Ware nicht unter einem gewissen Preis oder nicht in einem bestimmten Bezirk absetzen (oben Anm. 27). Unzulässig sind in gleicher Weise sowohl gegen Mitglieder als gegen Nichtmitglieder Maßnahmen, welche für den Fall des Widerstrebens einer öffentlichen Aussperrung, Verrufserklärung u. dgl. nahekommen. Hierüber das Nähere unten Anm. 37 ff.

Anm. 35. 2. Vertragsstrafen sind unwirksam, wenn die Hauptverbindlichkeit wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten unwirksam ist; hierüber oben § 349. Die Herabsetzung einer Vertragsstrafe kommt hier kaum in Betracht, weil das Syndikat regelmäßig eine Vereinigung von Vollkaufleuten bildet (§ 349 Anm. 26 ff.). Darüber, ob jeder einzelne oder nur das Syndikat die Vertragsstrafe fordern kann, entscheidet die Organisation des Syndikats. Bei einer nicht in Gesellschaftsform begründeten Vereinigung von Gewerbetreibenden zur Einhaltung von Mindestpreisen kann jeder einzelne die verwirkte Strafe für sich einfordern, wenn nichts anderes bestimmt ist (RG. 53, 20). Der richterlichen Nachprüfung unterliegt der statutenmäßige Verfall einer Vertragsstrafe immer (JW. 02, 321[51]).

Anm. 36. 3. Schiedsverträge (§§ 1025 f. CPO.) teilen das rechtliche Schicksal des Hauptgeschäfts. Ist der Syndikatsvertrag nichtig, so fällt auch der Schiedsvertrag. Daher können nicht auf Grund des nichtigen Schiedsvertrags Schiedsrichter über die Gültigkeit des Syndikatsvertrags entscheiden (vgl. RG. 43, 408; 58, 155; JW. 04, 76[52]; 414[98]). Anders würde die Sache nur dann liegen, wenn der Schiedsvertrag als ein selbständiger Nebenvertrag geschlossen wäre, jedoch nur prozessual; soweit es sich um Nichtigkeit des Syndikatsvertrags wegen Verstoßes gegen die gute Sitte handelt, ist weder ein Vergleich noch ein Schiedsvertrag möglich. Handelt es sich dagegen um andere Fragen, z. B. um die Beteiligungsziffer, um die Vertragsstrafe, um Auslegungsfragen usw., so bedeutet der Beitritt zum Syndikat auch die Unterwerfung unter dessen Schiedsklausel in den Grenzen des § 1026 CPO. Jedenfalls ist die Klausel in Vereinssatzungen, in jedem Streitfall einen Schiedsvertrag abzuschließen, an sich gültig (Hamburg in HansGerZ. 03 Beibl. 299). Es kann aber nicht die Versammlung der Gesellschafter (RG. 55, 326; JW. 03, 384[8]) noch ein Aufsichtsrat (Jaffa in DJZ. 04, 645) oder ein Ausschuß von Mitgliedern zum Schiedsrichter darüber bestellt werden, ob ein Mitglied Ansprüche gegen seine

Digitized by Google

Gesellschaft oder seinen Verein hat und umgekehrt, oder ob ein Mitglied ausgeschlossen werden soll (RDHG. 21, 81; RG. 29, 319). Denn die Mitglieder sind hier Richter in eigener Sache. Insoweit bedarf die Ansicht Gierkes (JheringsJ. 35, 198), daß durch statutarische Bestimmung einer privaten Körperschaft ein Verbandsorgan zum Schiedsrichter über Streitigkeiten unter den Mitgliedern bestellt werden kann, der Einschränkung. Bei Syndikaten allerdings ist ein weiterer Spielraum geboten, insofern dieselben nicht ohne einen solchen ihrer Aufgabe genügen könnten. Aufgabe und Autonomie dürfen jedoch mit dem öffentlichen Interesse nicht im Widerspruch stehen. So berechtigt bei Syndikatsbildungen die Vereinsmitgliedschaft allein nicht zur Ablehnung als Schiedsrichter, wenn die Wählbarkeit eines Mitglieds zum Schiedsrichter in den Satzungen vorgesehen ist und der betreffende Schiedsrichter noch nicht als Vertreter der Gesamtheit in der Streitsache tätig gewesen ist (RG. 51, 394). Es steht nichts im Wege im Falle der Syndikatsbildung durch einen Lieferungsverkaufvertrag (Anm. 32), in bestimmten Fällen die Entscheidung einer Kommission, bestehend aus Mitgliedern des Syndikatsvorstands und der Zechenbesitzer, zu übertragen; vertragswidriges Verfahren dieses Schiedsgerichts eröffnet den Rechtsweg mit Ignorierung des Schiedsspruchs (RG. 28. 2. 03 in Denkschrift, Teil II Nr. 351, 95). Auch kann Gesellschaftsorganen vertragsmäßig ein freies Ermessen eingeräumt werden, ob ein Mitglied einer Strafe für Nichtlieferung (§ 282 BGB.) verfallen ist. Hat rechtliches Gehör stattgefunden und ist der Ausspruch selbst nach dem gesellschaftlichen Grundsatz gleicher Rechte und gleicher Pflichten nicht unbillig, so ist eine solche Abmachung nicht zu beanstanden, wenn auch noch ein Rekurs an die Mitgliederversammlung eingeräumt ist (RG. im Recht 05, 679 Nr. 2818; vollständig in Denkschrift, Teil II Nr. 19, 137). Dagegen wäre es auch bei Syndikaten nicht zulässig, die Entscheidung völlig in das Belieben der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats ohne weitere Garantien zu stellen (JW. 06, 396[26]). Exk. zu § 346.

D. **Der Zwang gegen Nichtmitglieder zur Erwirkung ihres Beitritts zum Syndikat** fällt zusammen mit den Bestrebungen zum Zweck der Beseitigung oder Minderung der Konkurrenz. Nun schützt die Rechtsordnung zwar nicht allgemein die freie Erwerbstätigkeit und die ungehinderte Verwertung der Arbeitskraft, sondern nur ganz bestimmte Rechtsgüter (RG. 51, 373), allein gewisse Grenzen sind der werbenden Macht der Syndikatsgebilde doch auch hier gezogen: Anm. 37.

1. Ein **bestehender Gewerbebetrieb** gehört im Gegensatz zu dem Begriff des Vermögens zu den durch § 823 Abs. 1 BGB. gewährleisteten (sonstigen) Rechten (RG. 56, 271; 58, 29). Es muß sich also um Störung eines bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs handeln (RG. in SchlHolstAnz. 02, 308). Nicht jede Beeinträchtigung eines solchen Gewerbebetriebs charakterisiert sich als eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB., sondern nur eine solche, welche nach dem Zweck der Koalition oder nach ihren Kampfmitteln sich als ein bewußt widerrechtlicher Eingriff darstellt. Diese Voraussetzung trifft nicht zu, wenn die Mitglieder sich verpflichten, gewissen Nichtmitgliedern (Schleuderern) gar nicht oder nur mit beschränktem Rabatt zu liefern (RG. 28, 238), oder solche Schleuderer, welche sich den Syndikatsfestsetzungen über Kundenrabatt nicht fügen, an den Vorteilen des Vereins nicht teilnehmen zu lassen (RG. 56, 271; JW. 02 Beil. 283[227]). Auch ist die Drohung mit Ausschluß von Tarifen nicht etwa schon deshalb eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB., weil durch diese Drohung ein Druck auf Anschluß an das Syndikat ausgeübt, also die Willensfreiheit beeinträchtigt wird (RG. 48, 123). Dadurch, daß die Unterstützung des Publikums mittels der Presse angerufen und so der Absatz beeinträchtigt wird, erhält eine öffentliche Warnung noch nicht den Charakter der Widerrechtlichkeit (vgl. JW. 06, 595[1]). Eine Erpressung würde vorhanden sein, wenn durch Bedrohung mit Lieferungssperre dem Bedrohten die Möglichkeit der Fortexistenz entzogen werden sollte (RGSt. 34, 23). Anm. 38.

2. Die **Ehre** gehört nicht zu den sonstigen Rechten des Abs. 1 § 823 BGB. (RG. 51, 372; 60, 1). Eine Verletzung der Ehre durch Zwangsmaßregeln des Syndikats, z. B. ehrenkränkende Kundgebungen, wird jedoch von Abs. 2 des § 823 BGB. getroffen, wenn die objektiven und subjektiven Voraussetzungen einer strafrechtlich zu ahndenden Ehrverletzung (§§ 185 ff. StGB.) vorliegen. Sie liegen nicht vor, wenn jemand, um ihn zum Nachgeben zu zwingen, vom Anm. 39.

Digitized by Google

Exk. zu § 346. Kartell als zäher Verfechter eigener Interessen öffentlich bezeichnet wird (JW. 06, 595[1]). Sie liegen vor, wenn nach Art und Weise der Kundgebung der Betroffene öffentlich an den Pranger gestellt werden sollte. Ob die Bestrafung etwa wegen Mangels eines Strafantrags, wegen Verjährung oder wegen eines sonstigen Strafausschließungsgrundes unterbleibt, ist für das privatrechtliche Gebiet gleichgültig; allein der Schutz des Abs. 2 des § 823 BGB. versagt, wenn der Mitteilende die Unwahrheit der Mitteilung nicht kannte, und er oder der Empfänger an der Mitteilung ein berechtigtes Interesse hatte (RG. 28, 249; 51, 377). Meist wird aber hier ein anderer Schutz eingreifen; denn

Anm. 40. 3. Kredit, Erwerb und Fortkommen wird durch ehrverletzende Kundgebungen, z. B. durch die Kennzeichnung als Schleuderer verletzt. Eine solche Gefährdung verbindet zum Schadensersatz, wenn der Mitteilende fahrlässigerweise die Unwahrheit der von ihm behaupteten oder verbreiteten Tatsache nicht kannte (§ 824 BGB.). Allerdings scheidet die Schadensersatzpflicht auch hier im Falle eines berechtigten Interesses aus (RG. 51, 379; 56, 285); allein auch dann, wenn dem Mitteilenden gar kein Verschulden zur Last zu legen ist und derselbe berechtigte Interessen anrufen kann, ergibt sich aus der Analogie der §§ 12, 862, 1004 BGB. ein Anspruch auf Unterlassung, wenn mit Recht fernere Schädigungen zu besorgen sind (RG. 60, 6; 61, 369). Derselbe Anspruch führt da, wo nach den Umständen eine Rehabilitation nötig erscheint, zu dem weiteren Anspruch auf Zurücknahme (RG. 48, 118; 53, 179; 56, 286). Nötigenfalls kann hier auch § 6 WettbewGes. eingreifen. Über berechtigte Interessen siehe Exk. zu § 349 Anm. 27 und 28.

Anm. 41. 4. Öffentliche Aussperrung, also Boykott, Acht- oder Verrufserklärung, Verhängung des Eintrags in eine schwarze Liste gegen Mitglieder oder Nichtmitglieder d. h. die Aufforderung an die Mitglieder, dem Widerstrebenden nicht mehr zu liefern oder ihn überhaupt nicht mehr zu beschäftigen, bedeutet einen gegen die guten Sitten nach § 826 BGB. verstoßenden Eingriff, wenn diese Handlungen vorsätzlich d. h. mit dem Bewußtsein der Schädigung erfolgten (RG. 58, 216) und die Existenz nicht nur zu erschweren sondern zu vernichten geeignet sind. Denn jeder Gewerbetreibende hat, solange er nicht rechtswidrig oder unsittlich handelt, Anspruch auf persönliche Achtung und wirtschaftliche Existenz (RG. 28, 238; 56, 278). Daß die Handlung nur den Zweck gehabt haben müßte, einem andern Schaden zuzufügen (§ 226 BGB), kommt für § 826 BGB. nicht in Betracht; auch die Ausübung eines formalen Rechts kann unsittlich sein (RG. 58, 219; 55, 217); z. B. wenn die Boykottierung lediglich zur Anstellung einer Machtprobe erfolgt. Es ist dies derselbe Gedanke, welcher bei Streiks und Arbeiteraussperrungen der entscheidende ist (RG. 51, 369; 54, 255; 61, 366[1] JW. 04, 293[16]; 574[18]; RG. in DJZ. 05, 457). Dasselbe gilt von allen Maßnahmen, welche, zwar nicht in der Form, aber doch der gewollten Wirkung nach einer völligen Geschäftssperre gleichkommen (RG. 56, 280). Jedoch ist eine Boykottierung nicht zu beanstanden, wenn sie in dem berechtigten Bestreben erfolgt, Mißstände zu beseitigen. Selbst die Anrufung der Presse durch den Geschädigten ist dann nicht mit § 826 BGB. zu treffen (vgl. JW. 06, 595[1]: Ein Gewerkschaftskartell hatte öffentlich unter Nennung einer Bäckerei unter der Androhung, die organisierten Arbeiter zur Rechenschaft zu ziehen, das Publikum zur Parteinahme für die Bäckergesellen von Kiel in deren Kampf um Besserstellung gegen die Arbeitgeber aufgefordert). Die Wahrnehmung berechtigter Interessen (Exk. zu § 349 Anm. 27) ist auch für § 826 BGB. von Belang (Exk. zu § 346 Anm. 2 u. 6 f.). Es verstößt schließlich gegen die guten Sitten, wenn ein Gewerbetreibender einen Verband vorsätzlich dazu bestimmt, über einen andern Gewerbetreibenden die Sperre zu verhängen, um diesem den Gewerbebetrieb unmöglich zu machen oder zu erschweren (RG. 60, 104).

In diesen Fällen erwächst dem Bedrohten wie in den in Anm. 40 erörterten Fällen das Recht auf Unterlassung fernerer Zuwiderhandlung gegen § 826 BGB. und in geeigneten Fällen auch auf Zurücknahme, soweit solche möglich ist (RG. 60, 6; 61, 370; JW. 05, 715[5]). Alle diese Ansprüche sind vermögensrechtlicher Art, wenn auch ein ideales Interesse hereinspielen kann (RG. 61, 90).

Digitized by Google

E. **Der Ausschluß eines Mitgliedes aus einem Syndikat** mit Vereinscharakter unterliegt völlig der Vereinsautonomie. Der Rechtsweg ist zwar zulässig; allein die richterliche Prüfung beschränkt sich lediglich auf die Frage, ob der Ausschluß den Satzungen entsprechend, denen sich das Mitglied durch seinen Beitritt unterworfen hat, erfolgt ist. Über das materielle Recht, also darüber, ob das ausgeschlossene Mitglied mit Recht des Verstoßes, welchen die Satzungen mit dem Ausschluß bedrohen, für überführt erklärt worden ist, können die Gerichte nur entscheiden, wenn und soweit die Satzungen nicht anders verfügen (RG. 49, 150; JW. 00, 417[19]; 01, 825; 03 Beil. 3[7]; 40[43]; 06, 416[1]). Öffentliche Androhung des Ausschlusses ist an sich noch nicht zu beanstanden (vgl. JW. 06, 595[1]). Exk. zu § 346. Anm. 41a.

F. **Der Zwang gegen die Abnehmer bildet das Endziel des Syndikats**, welches trachten muß, den Markt zu beherrschen, soweit sich solche Bestrebungen mit dem allgemeinen Interesse vereinigen lassen. Rechtlich tritt die so errungene Stellung in die Erscheinung durch den Kontrahierungszwang, welcher den Konsumenten, die nicht Mitglieder sein können, durch die Verhältnisse auferlegt wird; hierüber oben Anm. 27. Anm. 42.

G. **Die Haftung des Syndikats für unerlaubte Handlungen** richtet sich nach seiner Organisation. Vereine haften nach § 31 BGB. für unerlaubte Handlungen ihres verfassungsmäßigen Vertreters, die er in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangen hat (RG. 57, 93). Derselbe Grundsatz gilt für Aktiengesellschaften (Exk. zu § 58 Anm. 34; § 232 Anm. 37; § 320 Anm. 75; JW. 03 Beil. 39[81]; 93[213]) und für Gesellschaften m. b. H. (JW. 04, 167[5]). Dagegen gelten diese Grundsätze nicht für nicht rechtsfähige Vereine (RG. 2. 3. 02 in der unter Literatur bez. Denkschrift, Teil II Nr. 351 S. 89; Fortsetzung desselben Urteils, das in RG. 51, 66 nur teilweise abgedruckt ist: ein Ärzteverein hatte das fernere Konsultieren mit dem ausgeschlossenen Mitglied untersagt; unentschieden RG. 60, 94ff.). Über die Haftung der offenen Handelsgesellschaft § 126 Anm. 4; § 170 Anm. 2; über die Haftung für Bevollmächtigte, Angestellte und Gehilfen Exk. zu § 58 Anm. 26ff. Außerdem haften die Vertreter persönlich (Exk. zu § 58 Anm. 33); diese Haftung kann nicht durch Berufung auf einen Auftrag des Syndikats oder auf die Stellung als Organ abgelehnt werden (RG. 28, 242). So ist auch in RG. 57, 424 das Verbandsmitglied für haftbar erklärt, welches den Verband zu einer unerlaubten Handlung (Verhängung der völligen Ausschließung aus einem Handelszweig), wenn auch durch satzungsgemäße Anzeige, veranlaßt hatte. Anm. 43.

Zusatz 1. Die Bezugsquellen, die Rabatt- und Provisionssätze sowie die einzuhaltenden Mindestpreise können ein Gewerbegeheimnis eines Kaufmanns im Sinne des § 384 Nr. 3 CPO. darstellen (SeuffA. 49 Nr. 213; vgl. JW. 02, 21[9]). So sind die Preisbestimmungen des Syndikats für das kommende Jahr ein Gewerbegeheimnis, weil durch das Bekanntwerden die Syndikatszwecke vereitelt würden; solange diese Gefahr besteht, kann daher der Syndikatsvertreter das Zeugnis über diese Preise verweigern (JW. 03, 49[13]). Die Preisvereinbarungen zwischen Gewerbetreibenden verpflichten die Vertragschließenden schon an sich zur Geheimhaltung (RG. 53, 42); allein zu einem Gewerbegeheimnis mit dem Recht der Zeugnisverweigerung nach § 383 Nr. 5 CPO. wird eine solche Verpflichtung erst, wenn zur Zeit der Vernehmung für den Zeugen oder den anderen Vertragsteil z. B. die Zentrale des Kartells ein erhebliches, unmittelbares gewerbliches Interesse an der Nichtoffenbarung besteht (RG. 54, 325). Anm. 44.

Zusatz 2. Ein Eingreifen der Staatsgewalt gegen die Kartelle und Syndikate findet statt, wenn durch ihr Verhalten das Gemeinwohl gefährdet werden sollte. Gegen die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften a. A. bietet die Grundlage zu einer Auflösung Art. 4 Preuß. AG. z. HGB.; § 32 Sächs. AG. z. BGB., Ges. u. VOBl. 00, 269; Art. 4 Hess. AG. z. HGB. RegBl. 99, 353; SachsWeim. AG. z. HGB. Art. 2, RegBl. 99, 204. Auch läßt sich gegen Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften a. A. unbedenklich § 43 BGB. entsprechend anwenden. Den Versicherungsaktiengesellschaften und VV. a. G. kann die Konzession nach §§ 67, 73 ff. PrVGes., Vereinen nach § 43 BGB. die Rechtsfähigkeit entzogen werden, Anm. 45.

Digitized by Google

Exk. zu § 346. wenn nicht schon auf Grund des öffentlichen Rechts die Auflösung verfügt wird (§ 74 BGB.). Gegen die Gesellschaft m. b. H. ist § 62 des Ges. betr. die Gesellsch. m. b. H., gegen Genossenschaften § 81 GenGes. gegeben.

§ 347.

§ 347. **Wer aus einem Geschäfte, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.**

Unberührt bleiben die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach welchen der Schuldner in bestimmten Fällen nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten oder nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Lit.: v. Blume, Die Fahrlässigkeit und ihre Abstufungen im BürgR., Jahresbericht 03/04 der Berl. Jur. Gesellsch.; v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 03; dazu Wachenfeld in JLBl. 04, 85.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph bestimmt das Maß der dem Kaufmann obliegenden Sorgfalt.** Es wird bestimmt, daß, soweit ihm in dem Gesetze eine Sorgfaltspflicht auferlegt wird, er für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns haftet. Allein nach Abs. 2 sollen die Milderungen der Haftung, welche das BGB. eingeführt hat, auch für den Kaufmann gelten.

Anm. 1. 1. **Nur um die Sorgfaltspflicht des Kaufmanns handelt es sich.** Denn nur von der Sorgfalt dessen ist hier die Rede, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Das aber ist nach dem neuen HGB. notwendig ein Kaufmann, da nur die Geschäfte eines Kaufmanns Handelsgeschäfte sind (§ 343). Im früheren HGB. Art. 282 lautete die Vorschrift den Worten nach ebenso; da es aber nach dem alten HGB. auch absolute Handelsgeschäfte gab, so konnte es kommen, daß auf seiten eines Nichtkaufmanns ein Handelsgeschäft vorlag, und dann war dieser zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet. Diese merkwürdige Konsequenz kann bei dem veränderten System des neuen HGB. nicht mehr eintreten.

Anm. 2. 2. **Nur um bestehende Sorgfaltspflichten** handelt es sich. Der vorliegende Paragraph will nicht etwa den Satz aufstellen, daß der Kaufmann in allen seinen Angelegenheiten die Sorgfalt eines Kaufmanns anzuwenden habe, sondern nur: wenn er nach Inhalt des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Sorgfalt verpflichtet ist, so soll er zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet sein. Ob und mit welchen Folgen er z. B. für culpa in contrahendo (Exk. zu § 58 Anm. 26) einzustehen hat, darüber ist hier nichts gesagt, auch nicht in § 823 BGB., wie Dernburg (I § 130 II) meint; denn in Abs. 1 des § 823 BGB. werden nur bestimmte Rechte und Rechtsgüter, nicht das Vermögen als solches geschützt (Exk. zu § 346 Anm. 37 ff.). Der Abs. 2 des § 823 BGB. setzt aber die Verletzung eines bestimmten Schutzgesetzes voraus. Auch besteht kein Satz des Inhalts, daß man außerhalb eines Vertragsverhältnisses für Fahrlässigkeit einzustehen habe (unten Anm. 11). Aus arglistiger Täuschung bei Abschluß eines Vertrags kann ein bestimmtes Schutzgesetz (§ 263 StGB.) verletzt werden, so daß § 823 BGB. Anwendung findet (RG. 49, 49). Über die Haftung für fremdes Verschulden Anm. 4.

Anm. 3. 3. **Zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns** ist der Kaufmann verpflichtet. Dadurch soll der Begriff Fahrlässigkeit, wie er im § 276 BGB. aufgestellt ist (fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt), einen bestimmten Inhalt erhalten (D. 194): fahrlässig handelt hiernach ein Kaufmann, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns außer Acht läßt. Indessen lassen sich auch über diesen Begriff weder allgemeine Regeln, noch eine feste Begriffsbestimmung geben: die besondere Natur des Falles, die Vertragsgattung, die Handelssitte, sind die leitenden Momente. (Daß hierbei auch die letztere zu berücksichtigen ist, auch dort, wo die §§ 157 und 242 BGB. nicht Platz

Digitized by Google

greifen, ist bereits in Anm. 19 zu § 346 erwähnt.) Außerordentliche Umstände können eine außerordentliche Tätigkeit erheischen, so z. B. bei Störung des Verkehrs durch kriegerische Ereignisse (ROHG. 15, 174), oder bei telegraphischem Verkehr (unter Umständen Pflicht zur Wiederholung des Telegramms, ROHG. 23, 369; üblich ist die briefliche Wiederholung des Telegramms und gehört wohl zur Sorgfalt ordentlicher Kaufleute, nicht üblich ist das kontrollweise Zurücktelegraphieren vor der Bestellung, JW. 91, 419[32]). Wichtige Briefe müssen unter Umständen eingeschrieben gesandt werden, insbesondere solche, welche Urkunden enthalten, nicht immer bei Wechselakzepten (SeuffA. 52 Nr. 95). Ob Wertpapiere mit voller Wertangabe oder als eingeschriebener Brief unter voller Valorenversicherung zu versenden sind, entscheidet die Übung des betr. Verkehrs (RG. 50, 170). **§ 347.**

Überall hat der Kaufmann hierbei für die Sorgfalt einzustehen, die ein Kaufmann seines Gewerbes gewöhnlich anwendet. Daher hat der Kaufmann für gehörige Einziehung ihm übergebener Wechsel (JW. 88, 71[17]), sowie dafür zu sorgen, daß unter gewöhnlichen Umständen Briefe regelrecht von ihm in Empfang genommen und nicht verlegt werden (JW. 91, 355[14]; 98, 609[38]), auch seine telegraphischen Abkürzungen (Chiffren) so zu wählen, daß Verwechslungen vermieden werden (ROHG. 21, 187; Recht 04, 503). Wo es auf besondere Umstände ankommt, geht die Frage dahin: wie hätte sich unter gleichen Umständen ein verständiger, gewissenhafter Kaufmann benommen. So kann ihm auch unter Umständen Einsichtnahme des Grundbuchs (RG. 60, 33) und Vorsorge für sofortige Erledigung von äußerlich als Eilsachen kenntlichen Einläufen zugemutet werden (RG. 54, 117; JW. 04, 200[9]).

Aber nicht nur für seine eigene Sorgfalt hat der Kaufmann einzustehen, sondern auch dafür, daß die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwenden, auch wenn diese nicht Kaufleute sind. Denn für ein Verschulden dieser Gehilfen haftet er wie für eigenes Verschulden (§ 278 BGB.; Ext. zu § 58 Anm. 26). Auch ein besonderes Garantieversprechen des Prinzipals hinsichtlich der sorgfältigen Behandlung von Vertragsanträgen durch sein Personal ist denkbar (RG. 49, 28). Jedenfalls findet Bereicherungsklage statt, wenn ein Vertrag durch arglistiges Verhalten der Angestellten zugunsten des gutgläubigen Prinzipals zustande gekommen ist (RG. 43, 146). Anm. 4.

4. **Die Regel des Abs. 1 wird jedoch im Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen dahin eingeengt, daß die im bürgerlichen Recht vorgesehenen Milderungen der Haftung auch für den Kaufmann gelten:** Wo nach dem BGB. nur grobe Fahrlässigkeit oder nur Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten zu vertreten ist, da soll auch der Kaufmann nicht abstrakt für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns haften, sondern für Verletzung dieser geringeren Sorgfaltspflicht, es mag sich um eigene oder um die Handlungen seiner Erfüllungsgehilfen handeln. (Nach dem früheren Art. 282 galten diese Milderungen nicht, vielmehr haftete früher der Kaufmann schlechtweg für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ohne Rücksicht auf die Milderungen des Zivilrechts.) Anm. 5.

Beispiele solcher Milderungen sind: Anm. 6.

a) Nur grobe Fahrlässigkeit ist zu vertreten nach § 300 Abs. 1 BGB. (während des Verzugs des Gläubigers), nach §§ 521, 523 (Schenkung), nach §§ 599, 600 (Leihe), nach § 680 (Geschäftsführung ohne Auftrag zur Abwendung einer dringenden Gefahr), nach § 968 (bezüglich gefundener Sachen). Für das Verschulden von Hilfspersonen haftet man in diesen Fällen nicht (Dernburg II 1 § 68 II f).

b) Für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten haftet der Schuldner im Falle des BGB. § 690 (unentgeltliche Aufbewahrung), § 708 (Gesellschafter), § 1359 (Ehegatten), §§ 1664, 1686 (Ausübung der elterlichen Gewalt), § 2131 (Vorerbe), — wobei jedoch der Schuldner von der Haftung für eigene grobe Fahrlässigkeit nicht befreit wird (§ 277 BGB). Dabei kommt die Sorgfalt, die der Machtgeber in seinen eigenen Dingen, nicht die Sorgfalt, die der Vertreter in seinen Dingen anzuwenden pflegt, in Betracht. Anders Dernburg II 1 § 68 II d, Anm. 7.

Digitized by Google

§ 347. weil das Handeln des Vertreters in Frage stehe; allein es stehen die Pflichten des Machtgebers in Frage.

Anm. 8. Wo andere Gesetze, außer dem BGB., die Sorgfaltspflicht mildern, da versteht sich die Geltung der Ausnahme auch für den Kaufmann von selbst nach Art. 2 Abs. 2 EG. z. HGB.

Anm. 9. Von selbst versteht es sich, daß die im BGB. oder in sonstigen Gesetzen vorgesehene verschärfte Haftung unberührt bleibt; z. B. § 287 (Haftung des Schuldners für jede Fahrlässigkeit, also auch ohne die Entschuldigung der diligentia quam suis, wo sie sonst vielleicht zulässig wäre und die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit während seines Verzuges), § 678 (Haftung für jeden Schaden bei Geschäftsführung gegen den mutmaßlichen Willen des Geschäftsführers), § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes (Haftung ohne Verschulden).

Anm. 10. **Zusatz. Der vorliegende Paragraph enthält keine Vorschriften über folgende Fragen:**

1. **Über die Frage, in welchen Fällen der Kaufmann überhaupt zur Sorgfalt verpflichtet ist?** Siehe oben Anm. 2.

Anm. 11. 2. **Über die Frage, welche Rechtsfolgen die Verletzung der Sorgfalt hat?** Auch in § 276 BGB., der durch vorliegenden Paragraph einen bestimmteren Inhalt erhalten soll, heißt es nur, was Fahrlässigkeit bedeutet, und daß der Schuldner, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, „Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat". Welches aber die Folgen sind, wenn fahrlässig gehandelt wird, mit anderen Worten: in welcher Weise die Fahrlässigkeit zu vertreten ist, darüber ist in dem § 276 nichts gesagt. Darüber verhalten sich zahlreiche Einzelvorschriften. Dagegen ist kein allgemeiner Grundsatz hierüber aufgestellt, insbesondere nicht dahin, daß, wer eine Fahrlässigkeit begeht, wer die ihm obliegende Sorgfalt verletzt, oder wer gar vorsätzlich handelt, dem dadurch Geschädigten den dadurch erlittenen Schaden zu ersetzen hat. Indessen wird man wohl berechtigt sein, aus dem Zusammenhang des ganzen Gesetzbuchs **den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, daß, wo die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht anders geregelt sind, diese Haftung jedenfalls in der Verpflichtung zum Schadensersatz besteht.** Der Grundsatz kann, um Mißverständnisse zu vermeiden, nicht dahin aufgestellt werden, daß allgemein für jede vorsätzliche und fahrlässige Handlung auf Schadensersatz gehaftet werde. Ein solcher Satz ist dem BGB. fremd (RG. 51, 93); insbesondere kann ein solcher Satz nicht aus § 823 BGB. hergeleitet werden (oben Anm. 2 und JW. 06, 136[9]). Nur die schuldhafte Verletzung zu vertretender Vertragspflichten zieht die Haftbarkeit gemäß § 276 BGB. nach sich (RG. 53, 201). Wollte man diesen Grundsatz nicht annehmen, so blieben zahlreiche Fälle ungeregelt. Denn die Regeln vom Verzuge reichen nicht immer aus. Allerdings hat der Schuldner, der in Verzug gerät, Schadensersatz zu leisten (§ 286 BGB.). Allein zum Verzuge gehört nicht nur, daß der Schuldner seine Verpflichtung in schuldhafter Weise verletzt (§ 285 BGB.), sondern auch, daß er an Erfüllung gemahnt worden ist, und nur der Fall, daß eine kalendermäßige Bestimmung für die Erfüllung besteht, macht die Mahnung überflüssig (§ 284 BGB.). Es gibt aber zahlreiche Fälle von schuldhafter Nichterfüllung und mangelhafter Erfüllung, in denen diese Voraussetzungen des Verzugs nicht vorliegen. So hat z. B. der Beauftragte dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben (§ 666 BGB.), und die gleiche Pflicht trifft den Dienstverpflichteten und den Werkmeister, der eine Geschäftsbesorgung übernommen hat (§ 675 BGB.), sowie den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713 BGB.). Was aber ist die Rechtsfolge, wenn diese Personen eine erforderliche Nachricht schuldhaft nicht gegeben und dadurch dem andern Teil Schaden zugefügt haben? Es kann kein Zweifel bestehen, daß daraus die Schadensersatzpflicht folgt wie bei allen positiven Vertragsverletzungen. Oder es hat ein Gesellschafter fahrlässigerweise eine unrichtige Bilanz aufgestellt und dadurch die anderen Gesellschafter zu verfehlten geschäftlichen Operationen verleitet. Daß dies ein wichtiger Grund ist zur Auflösung der Gesellschaft, mag sein. Aber außerdem wird man doch den also geschädigten Gesellschaftern den Anspruch auf Schadensersatz gewähren müssen, obwohl ein bestimmter Grundsatz nach dieser

Digitized by Google

Richtung nicht aufgestellt ist. § 280 Abs. 1 BGB. regelt nur den Fall, daß die Erfüllung gar nicht mehr möglich ist, nicht die große Zahl der Fälle, in denen die nachträgliche Erfüllung zwar möglich ist, inzwischen aber durch die bereits geschehene Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Zahlreiche Vorschriften der neuen Gesetze beweisen auch, daß ihnen dieser allgemeine Rechtsgrundsatz innewohnt. Es wird z. B. verwiesen auf § 618 Abs. 3 BGB. und § 62 Abs. 3 HGB., wo die Schadensersatzpflicht als Folge der schuldhaften Verletzung der dort vorgesehenen Schutzpflichten als selbstverständlich vorausgesetzt ist, auch auf § 1218 Abs. 2 BGB., welche Vorschrift eine lex imperfecta wäre, wollte man an ihre Verletzung nicht die Schadensersatzpflicht knüpfen. Die Rechtsprechung hat sich diesen Grundsätzen gerade in ihrer Anwendung auf die schuldhafte Vertragserfüllung beim Kauf angeschlossen (RG. 52, 19; 53, 200; 54, 98 und 286; hierüber und über die positiven Vertragsverletzungen Exk. zu § 374). Dernburg (II 1 § 98 VI und II 2 § 179 III Anm. 6) verhält sich nicht mehr ablehnend; wohl aber Planck § 326 Anm. 6 (wegen der Schadensersatzpflicht vgl. jedoch § 663 Anm. 4; § 670 Anm. 3); ferner Schöller in Gruch. 46, 28; Goldmann-Lilienthal I 331, 260, 333 Anm. 13. § 347.

3. **Über die Folgen konkurrierenden Verschens.** Hierüber verhält sich § 254 Abs. 1 BGB. Anm. 12.

a) Richterliches Ermessen entscheidet sowohl innerhalb von Vertragsverhältnissen als auch bei unerlaubten Handlungen (wegen des § 829 BGB. JW. 03 Beil. 122[270]), sowie in den Fällen, in denen ohne Rücksicht auf ein Verschulden z. B. aus Garantieübernahme oder Zusicherung (RG. 51, 277; 55, 320) oder kraft Gesetzes (§ 1 HaftpflGes. hat z. B. keine unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. zum Gegenstand RG. 53, 75; 54, 404; 56, 154; JW. 05, 201[4]; 06, 459[13]) gehaftet wird, darüber, ob nach den Umständen eine mitwirkende schuldvolle Handlung des Beschädigten auf die Ersatzpflicht von Einfluß ist, und sie kann von Einfluß sein auf die Ersatzpflicht überhaupt als auch auf deren Höhe. Als ursächlich mitwirkendes Verschulden gilt es dabei auch, wenn der Beschädigte es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder wenn der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, wobei er auch für das Verschen seines gesetzlichen Vertreters und seiner Gehilfen einzustehen hat (§ 254 Abs. 2 BGB.). Unter einem Verschulden versteht § 254 BGB. jedes arglistige oder fahrlässige Handeln einer zurechnungsfähigen Person im Sinne des § 276 BGB. (§ 104 BGB.; RG. 54, 410; 59, 221; JW. 03 Beil. 67[155]). So liegt ein mitwirkendes Verschulden des Beschädigten darin, daß der Preis seiner telegraphischen, unter Verwechslung einer Ziffer angekommenen Offerte in der Depesche nicht in Buchstaben angegeben war (RG. in SächsA. 14, 306 u. 355) und darin daß der Verkäufer nach gewähltem Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Selbsthilfeverkauf grob fahrlässig verfährt (RG. 57, 107) oder eine sich darbietende Deckungsgelegenheit nicht benutzt (JW. 03 Beil. 121[267]) oder darin, daß der Käufer, der Wandlung gewählt hat, die Kaufsache nicht zurückgeben kann (RG. 56, 270); denn wer vermeidlichen Schaden von einem andern ersetzt haben will, verletzt nach der dem Abs. 2 § 254 BGB. zugrunde liegenden Anschauung Treu und Glauben, wenn er das seinige zur Abwendung des Schadens beizutragen unterläßt (RG. 52, 351).

b) Das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und des Gehilfen, dessen sich der Anm. 13.
Beschädigte zur Erfüllung seiner Verpflichtungen (KG. in OLGR. 10, 159; RG. 59, 22; 62, 347) bedient, hat der Beschädigte wie sein eigenes zu vertreten (§ 254 Abs. 2, § 278 BGB.). Der Entlastungsbeweis der sorgfältigen Auswahl nach § 831 BGB. ist nicht zugelassen, z. B. bei schuldhafter Vertragserfüllung (RG. in Holdheim 14, 236; JW. 04, 5), bei Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht (JW. 06, 335[11]), bei Unredlichkeit des Buchhalters im Giroverkehr (RG. 56, 413). Als Gehilfe ist der mit Wahrnehmung der Angelegenheit Bestellte anzusehen, in welcher der Schaden eingetreten ist, sowie der, welcher zur Pflege des geschädigten Gutes bestellt war (RG. 55, 332). Hier handelt es sich übrigens nicht um die Haftung für fremdes Verschulden bei Eingehung von Verbindlichkeiten (oben Anm. 2 u. Exk. zu § 58 Anm. 26ff.), sondern um die Haftung in Erfüllung bereits bestehender Schuldverhältnisse (Exk. zu § 58 Anm. 27).

Digitized by Google

§ 347. Es ist allerdings anzuerkennen, daß aus allgemeinen Gründen der Geschäftsherr die aus der Mitwirkung seines Personals bei einem Vertragsschluß hervorgehende besondere Gefahr zu übernehmen hat (RG. 43, 147), und daß bei Entstehung von Verbindlichkeiten eine Haftung für fremdes Verschulden sich aus § 831 BGB. ergeben kann; allein im allgemeinen ist der Beschädigte, wenn zur Entstehung eines Schadens außerhalb von Vertragsverhältnissen eine Hilfsperson oder ein Vertreter eines anderen ursächlich mitgewirkt hat, auf seinen Rückgriff gegen diese Hilfsperson oder den Vertreter beschränkt (§§ 840, 426 BGB.; RG. 61, 207). Die von Planck (§ 254 Anm. 5) für das Gegenteil angezogenen Entscheidungen (RG. 55, 316, 329) besagen das Vermeinte nicht (RG. 54, 404; 62, 348; vgl. auch Dernburg II 1 § 68 III g). Wenn aber eine unerlaubte Handlung durch den Schädiger bereits begangen ist, so daß es sich um Abwendung des drohenden oder um Minderung des bereits entstandenen Schadens handelt, so hat der Beschädigte nach den Grundsätzen von Treu und Glauben sein Personal in Einhaltung der durch § 254 Abs. 2 BGB. vorgeschriebenen Pflichten zu vertreten (JW. 06, 192[9]).

Anm. 14. c) Die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens bezweckt nicht eine Aufrechnung der beiderseitigen Schuld, so daß der allein für den Schaden aufzukommen hätte, für welchen sich ein Überschuß an Verschulden ergibt, sondern es ist der Grad des ursächlichen Wirkens jedes Teils für sich zu berücksichtigen, weil die Frage nach der Schwere des schuldvollen Verhaltens regelmäßig mit der Frage nach der Verursachung sich deckt (RG. 51, 278; 54, 13; JW. 05, 283[5]). Zum Zweck dieser Abwägung bedarf es der genauen Ermittlung, worin ein Verschulden jedes Teils zu erblicken ist, und welche Bedeutung diesem Verschulden für den Kausalzusammenhang zukommt (JW. 05, 490[11]). Daß auf beiden Seiten ein Verschulden vorliegen müsse, setzt § 254 BGB. nicht voraus (RG. 51, 275; 53, 75 u. 394; JW. 03 Beil. 66[153]). Selbst wenn gegen die eine Partei gar kein Vorwurf zu erheben ist, kann ein Schadensanspruch trotzdem ausgeschlossen sein und zwar deshalb, weil den Beschädigten allein ein Verschulden trifft (JW. 03 Beil. 66[153], 121[268]), z. B. wenn der Verkäufer die ihm sich darbietende Deckungsgelegenheit grundlos nicht benützt (JW. 03 Beil. 121[267]). Arglist des Gegners entbindet nicht von den Diligenzpflichten des § 254 BGB.; auch bei gegenseitiger Arglist hat eine Beurteilung nach § 254 BGB. einzutreten (JW. 05, 717[6]). So kann ein Mitverschulden zu einer Verteilung des Schadens auf beide Teile nach § 287 ZPO. führen, falls nicht das Verschulden eines Teils so sehr überwiegt, daß es als allein kausal zu betrachten ist (RG. 51, 279, vgl. RG. 60, 33; JW. 05, 170[5]).

Anm. 15. d) Prozessuales. Ein Urteil über den Grund des Schadens (§ 304 ZPO.) hat ebenso wie es die Frage der Aufrechnung zu behandeln hat (RG. 52, 27; 61, 412; JW. 04, 364[26]; 05, 737[1]) so auch die Frage des Mitverschuldens und zwar nicht nur dann und nicht nur insoweit zu erledigen, als die Existenz eines Schadens nach dem Stand zur Zeit des Zwischenurteils überhaupt verneint wird, sondern es hat das Zwischenurteil auch festzustellen, welcher Grad des Mitverschuldens vorliegt und inwieweit dadurch das gesamte Endergebnis beeinflußt wird. Es gehört dieser letztere Teil nicht zum Verfahren über den Betrag des Anspruchs sondern zum Grund (RG. 53, 116; JW. 04, 448[2]; 05, 136[10], 645[13]). Der Grad des Mitverschuldens ist in der Revisionsinstanz nachprüfbar (JW. 06, 54[4]). Wenn auch ein nach § 304 ZPO. erlassenes Zwischenurteil immer dahin zu lauten hat, daß der Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wird (RG. 60, 314), so sind diesem Ausspruch doch häufig Einschränkungen oder sonstige Modifikationen hinzuzufügen, z. B. bei der Quotenteilung (JW. 04, 211[25]) bei Beteiligung Mehrerer (JW. 04, 357[9]; vgl. Recht 05, 363), oder wenn es sich um gewisse gesetzliche Grenzen der Haftung handelt (JW. 06, 192[9]). Wenn auch eine Leistungsklage noch zulässig erscheint, weil die tatsächlichen Unterlagen zur Bestimmung des Schadensbetrages, wenn auch nicht ziffernmäßig, so doch mit genügender Deutlichkeit angegeben sind, so daß der Betrag in das Ermessen des Gerichts gestellt oder vom Gutachten abhängig gemacht wird (RG. 21, 387; 10, 355), so kann doch keine Vorabentscheidung über den Grund nach § 304 ZPO. erlassen werden, wenn nicht ein bestimmter Betrag als Schaden gefordert ist (JW. 06, 313[21]; 469[27]; 472[33]; 05, 27[36], 398[21], 399[26]; vgl. JW. 05, 178[34]).

Digitized by Google

4. **Über die Beweislast bei Ansprüchen aus verletzter Sorgfaltspflicht.** Es ist zwar nicht richtig, wenn Goldschmidt (System 4. Aufl., 170) ganz allgemein dem Sorgfaltspflichtigen den Beweis gehöriger Sorgfalt auferlegen will. Indessen gilt dies doch für die meisten Fälle. Es gilt zunächst für die Verhältnisse, welche eine Rechenschaftspflicht in sich schließen, insbesondere für den Auftrag und die übrigen Geschäftsbesorgungsverträge (Dernburg II 1 § 70; vgl. auch Anm. 2 zu § 241; RG. 20, 269). Ferner hat der, der eine vertragswidrige Leistung gemacht oder sonst seine Vertragspflichten objektiv verletzt hat, seine Schuldlosigkeit darzutun, wenn er sich von den Rechtsfolgen befreien will (RG. 21, 205; 22, 172; Bolze 1 Nr. 477; vgl. §§ 282, 285, 345 BGB.). Es ist endlich zu beachten, daß oft schon aus der bloßen Nichterfüllung und mangelhaften Erfüllung der Verträge, also aus der objektiven Vertragswidrigkeit die Ansprüche des Gegenkontrahenten entstehen (z. B. §§ 463, 538), sowie daß bei Ansprüchen aus schuldhafter Vertragserfüllung ein Schadensanspruch geltend gemacht wird, dessen Grundlage der angeblich Berechtigte darzutun und zu beweisen hat; das Vorhandensein eines Mitverschuldens ist von Amts wegen zu beachten, sobald die Tatsachen unter Beweis gestellt sind. Bei dem Beweise über den ursächlichen Zusammenhang spielen die Erfahrungssätze eine große Rolle (Gaupp-Stein § 282 II 3 u. § 291 CPO.). § 347. Anm. 16.

5. **Über die Art der Schadensvergütung und den Umfang des Schadens.** Hierüber gelten die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Dieselben enthalten insbesondere die aus dem alten HGB. herübergenommene **Vorschrift des § 252, daß der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfaßt.** Der § 252 BGB. lautet: Anm. 17.

> § 252. Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Lit.: Fischer, Der Schaden nach dem BGB., 03; Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 04; Isay in IheringsJ. 48, 187; Loewe in KrVSch. 45, 116.

a) **Als bereits eingetretener Schaden** gilt auch die Belastung mit einer Verbindlichkeit (z. B. die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe, ROHG. 4, 192; 12, 269; 13, 200; 15, 48) oder die Notwendigkeit, das Frachtgut im Prozeßweg vom unrichtigen Empfänger herauszuverlangen (RG. 62, 333) wie jeder Fall, in dem ein sicherer Anspruch durch ein Verschulden zu einem bestrittenen geworden ist (RG. 62, 192; 16, 130). Schaden des Mandanten bei Abschluß des Mandatars in eigenem Namen (§ 392 Anm. 3). Anm. 18.

b) **Als entgangen gilt der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach den besonderen Umständen des Falles mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.** Diese Begriffsbestimmung des § 252 BGB. ist mit der herrschenden Ansicht, die nun auch Planck (§ 252 Anm. 2) angenommen hat und gegen 6./7. Aufl. als eine Beweisvorschrift zu verstehen, welche mit § 287 CPO. in Verbindung zu setzen ist. Der Paragraph will, wie sich Mot. (II 18) ausdrücken, bestimmen, daß einesteils die volle Gewißheit, der Gewinn würde gezogen worden sein, nicht erforderlich ist; anderseits aber auch die bloße Möglichkeit, der Beschädigte würde den Gewinn erlangt haben, nicht ausreiche, daß vielmehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorhanden sein müsse. Wird festgestellt, daß ein Gewinn, der danach als wahrscheinlich zu betrachten war, in Wirklichkeit nicht gemacht worden ist, so ist von entgangenem Gewinn keine Rede. War ein Gewinn, der später doch ohne das schadenbringende Ereignis eingetreten wäre, anfangs unwahrscheinlich, so ändert diese Unwahrscheinlichkeit nichts an der Tatsache, daß ein Gewinn entgangen ist. Der Paragraph bezweckt somit eine Erleichterung der Beweislast des Ersatzberechtigten. Anm. 19

Da nicht nur der Gewinn zu ersetzen ist, der nach den besonderen Umständen des Falles, insbesondere nach den getroffenen Anstalten zu erwarten war, sondern auch der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten ist, so ist, um darzutun, daß man aus dem Nichtverkauf von Waren Schaden erlitten hat, nicht etwa nachzuweisen, daß man bereits ein Geschäft abgeschlossen hatte. Vielmehr ist bei einem Kaufmann davon Anm. 20.

Digitized by Google

§ 347. auszugehen, daß er die innerhalb seines Handelsbetriebes bestehende Gelegenheit zu vorteilhaften Geschäften nicht unbenutzt lassen wird. Daher braucht er nur die Verkäuflichkeit der Ware darzutun (ROHG. 2, 197). RG. 4, 1 nimmt sogar bei Waren, die den Gegenstand des Handelsverkehrs bilden, die Verkaufsmöglichkeit ohne weiteres an und fordert den Beweis des Gegenteils.

Anm. 21. Fordert man jedoch den entgangenen Gewinn lediglich, weil er auf Grund des gewöhnlichen Laufes der Dinge ohne bereits getroffene Veranstaltungen und Vorkehrungen zu erwarten war, so ist eben nur auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge Rücksicht zu nehmen. Daß durch irgendwelche Spekulationen, die aber nicht begonnen waren, möglicherweise ein höherer Gewinn sich ergeben konnte, kommt hierbei nicht in Betracht, z. B. Kurssteigerung eines Spekulationspapiers (KG. im Recht 04, 600).

Anm. 22. Anders, wenn der Gewinn gefordert wird, der auf Grund bereits getroffener Veranstaltungen und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit hätte erzielt werden können. Hier kann auch ein Gewinn liquidiert werden, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht, oder nur infolge der besonderen Veranstaltungen zu erwarten war.

Nicht nur der Ersatz unredlichen Gewinnes (JW. 06, 544[8]) sondern schon **Ersatz eines unehrbaren Gewinnes kann auf keinen Fall verlangt werden.**

Anm. 23. c) **Der Grad des Verschuldens** kommt bei Bemessung der Höhe des Schadens nicht in Anschlag. Die im preuß. ALR. aufgestellte Abstufung des Schadens nach der Größe der Verschuldung ist von Mot. (II 17/18) ausdrücklich abgelehnt. Daß § 287 CPO. vom Gesetzgeber übersehen sei und der Grad des Verschuldens auf diesem Weg zur Beachtung komme, kann daher Dernburg (II 1 § 28) nicht zugegeben werden.

Anm. 24. d) **Ob und welcher Schaden entstanden ist, schätzt das Gericht nach seinem Ermessen** (§ 287 CPO.). Wie weit eine eingehende Schadensbegründung überhaupt möglich und zuzumuten ist, entscheiden die besonderen Umstände des einzelnen Falles. Vielfach dürfen an den Beschädigten, z. B. bei Verletzung des Alleinverkaufsrechts und ähnlichen Vertragsverstößen, die geheim gehalten zu werden pflegen, keine allzugroßen Anforderungen hinsichtlich des Nachweises der Schadenshöhe gestellt werden (RG. 21, 205; 40, 422; 45, 357; JW. 06, 171[17]). Beim Mangel tatsächlicher Begründung entsteht die Fragepflicht des Richters (§ 139 CPO.; JW. 04, 141[6]; RG. 62, 385).

Anm. 25. **Compensatio lucri et damni.** Da eine Beschädigung nicht zu einer Bereicherung sondern nur zur Wiederherstellung des früheren Zustandes im Weg der Ausgleichung durch Geld führen kann (§§ 249, 251 BGB.), so muß auf die Ersatzsumme der Vorteil, z. B. auf eine auf Grund des Haftpflichtgesetzes zugebilligte Rente die Pension, welche dem Beschädigten durch das schadenbringende Ereignis zugefallen ist, angerechnet werden (RG. 17, 47); vorausgesetzt, daß Vorteil und Nachteil mit der schädigenden Handlung in ursächlichem Zusammenhang stehen (RG. 10, 51); wie es z. B. zutrifft, wenn der grundlos entlassene Handlungsgehilfe seine Arbeitskraft anderweitig verwertet hat (ROHG. 18, 372; § 70 Anm. 20), oder wenn die beiderseitigen Ansprüche bei Aufhebung eines nichtigen Vertrags zur Ausgleichung zu bringen sind (RG. 54, 141). Die Beweislast, daß der Beschädigte Vorteile gehabt habe, trifft den Schädigenden (RG. 44, 144).

Anm. 26. e) **Ob der Schaden voraussehbar war**, ist gleichgültig (RG. 51, 32). Auch derjenige Schaden ist zu ersetzen, dessen Entstehung der Ersatzpflichtige nicht hat voraussehen können, und nur dann, wenn der Ersatzberechtigte es unterlassen hatte, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte, noch kennen mußte, liegt ein die Schadensersatzpflicht beeinflussendes konkurrierendes Verschen des Ersatzberechtigten vor. Infolge dieses Verschens kann der Richter die Schadensersatzpflicht überhaupt verneinen oder jedenfalls die Höhe des Schadens herabmindern (§ 244 Abs. 2 BGB., oben Anm. 12). Dazu gehört aber, daß der Ersatzberechtigte selbst diese Gefahr kannte oder kennen mußte (RG. 46, 207). Ist dies nicht der Fall, so liegt konkurrierendes Verschen seinerseits nicht vor, und die Ersatzpflicht greift in ihrem vollen Umfange

Digitized by Google

Platz. Hat z. B. jemand infolge der Nichterfüllung der Verbindlichkeit seines Gegenkontrahenten seine eigene Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten nicht erfüllt und dadurch eine Vertragsstrafe verwirkt, so haftet ihm sein vertragsbrüchiger Gegenkontrahent für ihre Bezahlung, selbst wenn er von dieser Strafverpflichtung nichts wußte (RG. 19, 25). Ist aber die Vertragsstrafe ungewöhnlich hoch, so ist es Pflicht des Ersatzberechtigten, seinen Schuldner auf diese Gefahr aufmerksam zu machen. Tut er dies nicht, so kann der Richter den Anspruch auf Ersatz dieser Konventionalstrafe überhaupt oder zum Teil absprechen (oben Anm. 14). Der Ersatzberechtigte hat das Verschen seines Gehilfen zu vertreten, wie seine eigenes; das verordnet § 254 Abs. 2 BGB.; hierüber oben Anm. 13. **§ 347.**

Übrigens wird man das Prinzip, daß man auch für den nicht voraussehbaren Schaden haftet, nicht ins Ungemessene ausdehnen dürfen, wenn man sich nicht mit den Anforderungen des Lebens und der Praxis in schroffen Widerspruch setzen will. Man haftet nicht etwa für die allerentferntesten Folgen, sofern sie nur mit dem schädigenden Ereignis in kausalem Zusammenhange stehen. Gegen eine solche Überspannung des Prinzips wendet sich mit Recht Dernburg (II 1 § 27 II 4; vgl. RG. 6, 1; 29, 120). Die richtige Grenze zu bestimmen ist freilich schwer. Dernburg will die Haftung wegfallen lassen, wenn der Schaden nicht sowohl verursacht, als bloß veranlaßt ist; für besser aber hält er es, wenn man das vernünftige Ermessen des Richters die Grenze ziehen läßt. Aber dem Richter wird nichts willkommener sein, als wenn die Wissenschaft ihm bei dieser Grenzziehung durch eine abstrakte Formel hilft. Vielleicht empfiehlt sich folgende Fassung: Man haftet dann nicht, wenn der Erfolg nur durch wesentliches Mitwirken weiterer, mit der schädigenden Handlung nicht im Zusammenhange stehender, selbständiger Tatsachen erzeugt worden ist (RG. 10, 51), also nicht in der Richtung des Verschuldens liegt, wie sich das Reichsgericht (RG. 42, 294) und OLG. Hamburg (HansGZ. 05 Hptbl. Nr. 88) ausdrücken. Nach RG. 22. 10. 03 (DJZ. 8, 574) muß bei § 823 BGB. der Schaden vorauszusehen sein, weil regelmäßig nicht angenommen werden könnte, daß Fahrlässigkeit vorliegt, wenn der Schädigende bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht voraussehen konnte, daß seine Handlung einen andern schädigen würde. Dieser Ausspruch hat allgemeine Gültigkeit, insofern die Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht so hoch gespannt werden dürfen, daß auch jede entfernte Möglichkeit in Betracht gezogen werden müßte und deren Nichtberücksichtigung eine Verantwortlichkeit zu begründen vermöchte (JW. 04, 572[1]).

6. **Über den ursächlichen Zusammenhang.** Diese Frage ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Dabei ist als allgemeiner Grundsatz festzuhalten, daß der Schaden allerdings die wirkliche, wenn auch nicht notwendige Folge der Handlung sein muß, aber die Handlung nicht die einzige Ursache zu sein braucht (RG. 13, 66); es genügt, wenn der Schuldige der Urheber auch nur einer der mitwirkenden Ursachen ist (RG. 28, 168; 50, 222). Auch daß eine freie Handlung des Beschädigten die letzte Ursache der Beschädigung war, beseitigt den ursächlichen Zusammenhang nicht, wenn diese freie Handlung durch Schuld des Beschädigers veranlaßt war (RG. 29, 120) oder einer sittlichen Pflicht entsprach (JW. 05, 170[9]). Vermutungen über den Zusammenhang zwischen einer schuldhaften Handlung oder Unterlassung und einem Schaden kennt das BGB. nicht. Dieses ganze Gebiet ist der freien Beweiswürdigung anheimgegeben gemäß § 287 ZPO. (nicht § 286 ZPO.) (RG. 19, 436; 36, 280; 46, 407; JW. 93, 15[14]; 06, 471[31]j. Dieses freie Ermessen entscheidet auch, wenn der Zeitpunkt der Schadensentstehung unsicher ist (RG. 31, 88) und kann zur Auferlegung eines Schätzungseides selbst dann führen, wenn durch diesen Eid zugleich die Existenz eines Schadens erst noch darzutun ist (JW. 95, 293[8]), letzteres dann, wenn die Frage nach Existenz und Betrag zusammenfallen. Der ursächliche Zusammenhang darf schon dann angenommen werden, wenn zwar die Möglichkeit einer anderen Entstehungsursache als das Verschulden zuzugeben wäre, jedoch nach den Erfahrungen des täglichen Lebens die Wahrscheinlichkeit in hohem Grade für das Bestehen eines solchen Zusammenhangs spricht, und nur ungewöhnliche Umstände, auf deren Vorhandensein nichts hinweist, Anm. 27.

Digitized by Google

§ 347. diesen Zusammenhang unterbrechen könnten (RG. 6, 4; 22, 173; JW. 04, 408[2]; 84, 306[40]) Ein über diese Überzeugung hinausgehender mathematischer Beweis kann nicht gefordert werden. Nur dann wird der ursächliche Zusammenhang unterbrochen, wenn Umstände, die notwendigerweise außerhalb aller Berechnung zu bleiben hatten, eintreten mußten, um den nicht gewollten Erfolg herbeizuführen; alsdann ist der Schaden ein zufälliger (RG. 42, 293). Diese Grundsätze gelten auch für die Frage des Mitverschuldens (oben Anm. 12; RG. 36, 278; 51, 250; vgl. JW. 05, 696[23]).

Anm. 23. **7. Über die Frage, ob die Haftung wegen Fahrlässigkeit durch Vertrag ausgeschlossen werden kann.** Dies ist nach § 276 Abs. 2 BGB. der Fall. Auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit kann hiernach wegbedungen werden (früher anders ROHG. 2, 293; Bolze 4 Nr. 610; RG. 20, 116). Gleichzeitig sei bei dieser Gelegenheit bemerkt, daß die Haftung für eigenen Vorsatz nicht (RG. 20, 190), wohl aber die Haftung für vorsätzliches Handeln der Gehilfen durch Vertrag wegbedungen werden kann (§ 278 BGB.). Auch die Haftung für vorsätzliches Handeln der gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen kann durch Vertrag ausgeschlossen werden. Der § 278 Satz 2 ergibt dies klar, und Dernburg II 1 § 65 II kann es nicht deshalb leugnen, weil es „dem Zwecke des § 276 Satz 2 widerspreche" (Planck § 276 Anm. 4).

§ 348.

§ 348. **Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.**

Lit.: Eck-Leonhard, Vorträge 329 ff.; Wendt AZivPrax. 92, 115.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt eine vereinzelte Bestimmung über die Vertragsstrafe (Konventionalstrafe)** und zwar eine solche, die dazu bestimmt ist, eine Bestimmung des bürgerlichen Rechts für den Handelsverkehr einzuschränken.

Anm. 1. **1. Die Grundsätze über die Vertragsstrafe sind im BGB. in den §§ 339—349 abgehandelt.** Den § 343 BGB. ändert unser § 348 HGB. ab.

Anm. 2. **2. Der Begriff und der rechtliche Charakter der Vertragsstrafe.** Eine Vertragsstrafe oder eine Konventionalstrafe liegt vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine Geldsumme oder eine andere Leistung als Strafe verspricht (§§ 339, 342 BGB.).

Es muß eine von der Hauptleistung verschiedene Leistung sein. Nicht jeder Nachteil, der an die Nichterfüllung einer Verpflichtung geknüpft ist, ist eine Vertragsstrafe. Besonders ist es keine Vertragsstrafe, wenn sich bei vertragswidrigem Handeln der Hauptanspruch selbst umgestaltet. Daher ist eine sog. kassatorische Klausel keine Vertragsstrafe (§ 360 BGB.), ebenso nicht das Recht der sofortigen Kündigung wegen Verfehlungen des Mieters, des Gesellschafters, der Dienstverpflichteten, nicht das Recht der Versicherungsgesellschaft, die Versicherung aufzuheben wegen Vertragsverletzung des Versicherten; endlich nicht die Erhöhung des Kaufpreises oder des Zinsfußes bei Säumnis des Schuldners (so überall Dernburg II 1 § 100 II 3).

Anm. 3. a) Die Vertragsstrafe setzt hiernach einen Schuldner und einen Gläubiger, somit eine bestehende Verbindlichkeit, voraus, sie hat also akzessorischen Charakter. Besteht die Hauptverbindlichkeit nicht, oder fällt sie weg, so besteht auch kein Anspruch auf die vereinbarte Vertragsstrafe. Ausdrücklich hervorgehoben ist dies für den Fall, daß das Gesetz die Hauptleistung für unwirksam erklärt (§ 344 BGB.). Die Vertragsstrafe ist hiernach unwirksam, wenn die Hauptverbindlichkeit unwirksam ist, z. B. wegen Formmangels (§ 125 BGB., RG. 53, 257), wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz, z. B. gegen das freie Kündigungsrecht des § 723 Abs. 3 BGB. (JW. 05, 688[10]), oder gegen die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB.), wegen Unmöglichkeit der Leistung (§ 306 BGB.), wegen Anfechtung (§ 142 BGB.), wegen Rücktritts (z. B. § 326 BGB.), als Spielschuld (§§ 762 ff. BGB.),

Digitized by Google

als Eheversprechen (§ 1297 BGB.), als nichtige Konkurrenzklausel (§ 74 HGB.; § 22 § 348. Anm. 33; JW. 06, 477[41]).

b) Natürlich kann auch die Vereinbarung der Vertragsstrafe aus selb- Anm. 4. ständigen Gründen nichtig sein, z. B. weil sie gegen die guten Sitten verstößt. Ob in diesem Falle das ganze Rechtsgeschäft oder nur die Vertragsstraffestsetzung nichtig ist, ist nach § 139 BGB. zu beurteilen, d. h. es kommt darauf an, ob ohne die Strafklausel der Vertrag geschlossen wäre oder nicht (vgl. bei Konkurrenzklausel der Handlungsgehilfen Anm. 8 zu § 75). Willkürlich ist es, wenn Endemann (I § 133 Nr. 1) ganz allgemein sagt, die Unwirksamkeit der Vertragsstrafe habe auf den Bestand des Rechtsgeschäfts keinen Einfluß. Letzteres trifft z. B. zu, wenn eine wegen ihrer Unbestimmtheit nicht greifbare, also nichtige, aber nebensächliche Leistung unter Strafe stand (Holdheim 14, 235).

c) Der Zweck der Vertragsstrafe ist nach dem BGB. ein doppelter: einerseits soll sie Anm. 5. den Schuldner durch den drohenden Nachteil zur Erfüllung seiner Verpflichtung anspornen, anderseits soll sie dem Gläubiger eine Erleichterung gewähren bei der Geltendmachung der ihm durch die Vertragsverletzung entstehenden nachteiligen Folgen. Welchen Zweck der Gläubiger aber bei der Festsetzung der Vertragsstrafe im gegebenen Falle im Auge gehabt hat, ist gleichgültig. Er kann die einmal bedungene Strafe beiden Zwecken dienstbar machen. Da aber die Vertragsstrafe den Gläubiger im Fall der Vertragsverletzung des Nachweises des Schadensersatzes und des entgangenen Gewinns entheben soll (RG. 19. 5. 05 im Recht 05, 470), ist der Zweck der Vertragsstrafe doch insofern bedeutsam, als der Schuldner regelmäßig sich von Strafe nicht durch den Nachweis frei machen kann, es sei dem Gläubiger durch die Zuwiderhandlung kein Schaden erwachsen (JW. 95, 404[77]; jedoch unten Anm. 7).

d) Der Vertragszweck, der mit Hilfe der §§ 133, 157 BGB. nach den Verkehrs- Anm. 6. anschauungen im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln ist, läßt allein erkennen, ob überhaupt von einer Verwirkung der Strafe die Rede sein kann. Bei dieser Auslegung von Strafverträgen ist davon auszugehen, daß ein Rechtssatz, wonach solche Verträge eng auszulegen seien, nicht besteht (JW. 03 Beil. 43[92]; RG. 20, 111; s. § 346 Anm. 3 und unten Anm. 32). Es kann daher sehr wohl als Vertragswille festgestellt werden, daß ein Konkurrenzverbot den Verkäufer eines Geschäfts nicht nur solange binde, als der Erwerber dasselbe seinerseits persönlich fortführe (RG. 47, 238); trotz Bezeichnung bestimmter Straßen als Bannbezirk kann die Auslegung dahin lauten, daß jede Konkurrenz oder eine gewisse Art dieser in der Nähe des geschützten Geschäfts überhaupt verboten sei, selbst wenn dieser verlegt worden ist (vgl. JW. 01, 726[21]); es kann aber auch die Auslegung dahin einschränkend wirken, daß eine zur Zeit des Geschäftsverkaufs bereits betätigte Konkurrenz auch fernerhin zu dulden sei (RG. 53, 358), auch nicht jede einzelne Konkurrenztätigkeit untersagt werden wollte (JW. 06, 31[44]). Überall spricht der zeitliche, örtliche und gegenständliche Umfang des Verbots mit (JW. 06, 577[41]; RG. 53, 154).

e) Im Hinblick auf den Vertragszweck kann auch die Vertragsstrafe ganz weg- Anm. 7. fallen; nämlich dann, wenn der Eintritt des Ereignisses, welches die Fälligkeit der Strafe herbeigeführt hat, durch Umstände veranlaßt worden ist, die derart außerhalb der Verantwortlichkeit des Schuldners lagen, daß die Beziehung der Strafe auf den Eintritt dieses Ereignisses entweder dem Wesen der Strafe oder der mutmaßlichen Parteiabsicht widerspricht (RG. 26, 95). So kann im Hinblick auf §§ 133, 157 BGB. einer Klausel, die für jeden Tag verzögerter Lieferung eine bestimmte Strafe festsetzt, jede Wirkung versagt werden, wenn der Vertrag in der Hauptsache erfüllt ist und nur noch ein so geringfügiger Teil der Vertragsleistung im Rückstand blieb, daß der Gläubiger an ihr nur noch ein unbedeutendes Interesse haben konnte (JW. 04, 139[4]). Derselbe Grundsatz muß zur Anwendung kommen, wenn zwar die verspätete Lieferung keinen geringfügigen Teil ausmacht, die Verspätung aber eine so unbedeutende war, daß das Interesse des Gläubigers an dem Zeitunterschied nicht in Betracht kommen kann. Denn es ist wohl dem Geist des BGB., der in den §§ 320 Abs. 2, 459 Abs. 1 Satz 2, 468 Satz 2, 498 Abs. 2 Satz 2, 542 Abs. 2,

Digitized by Google

§ 348. 634 Abs. 3 BGB. hervortritt, der Satz zu entnehmen, daß die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, wenn das Interesse des Berechtigten nur als ein unbedeutendes erscheint. So kann z. B. ein Konkurrenzverbot verletzt, dem Berechtigten aber doch keinerlei Schaden zugegangen und das Interesse an Einhaltung des Verbots weggefallen sein (JW. 06, 58[10]; SeuffA. 61, 185).

Anm. 8 3. **Voraussetzungen der Verwirkung der Vertragsstrafe.** Wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, so ist die Strafe verwirkt mit der Zuwiderhandlung (§ 339 BGB.). Diese Vorschrift ist klar und gibt zu Bedenken keinen Anlaß (Planck Anm. 2 zu § 339). Es scheint nicht zulässig, dieser unzweideutigen Vorschrift gegenüber mit Kuhlenbeck (Anm. 2 zu § 339 BGB.) anzunehmen, daß die Zuwiderhandlung eine schuldhafte oder gar bewußte sein müsse (RG. 55, 79). Auch für das Verschulden seiner Angestellten, der er sich zur Erfüllung seiner Verpflichtungen bedient, muß der Schuldner einstehen (JW. 06, 335[11]). Nicht einmal der Rücktritt vor Eintritt des schädigenden Erfolgs ändert mehr etwas (JW. 93, 507[30]; jedoch muß die Zuwiderhandlung vor Erhebung der Klage erfolgt sein (JW. 01, 750[4]); eine spätere Zuwiderhandlung erfordert neue Klage. Anderseits muß mit Dernburg (II 1 § 103 I 2) angenommen werden, daß die Strafe dann nicht verfällt, wenn der Gläubiger selbst die Zuwiderhandlung verschuldet hat (Bolze 4 Nr. 589); z. B. wenn die Brauerei kein Bier oder nicht schnell genug liefert und der Wirt solange anderweit, allerdings unter Verletzung seiner Bierbezugspflicht, bezieht, oder wenn der Schuldner mit seiner Leistung, auf deren Nichterfüllung Vertragsstrafe gesetzt war, zurückhalten durfte (§§ 273, 320 BGB.). Jedoch kann nicht der Reisende einem Konkurrenzverbot etwa deshalb entgegenhandeln, weil der Geschäftsherr mit Rechnungslegung und Provisionszahlung im Rückstand sich befindet (RG. 54, 123).

Anm. 9. Im übrigen aber, also bei Verpflichtungen positiver Art, soll die Strafe verwirkt werden, wenn der Schuldner in Verzug kommt (§ 339 BGB.), also wenn die Leistung trotz erfolgter Mahnung oder trotz Ablaufs eines für die Leistung bestimmten Kalendertages unterbleibt und zwar auf Grund eines Umstandes, den der Schuldner zu vertreten hat (§§ 284, 285 BGB.). Irrige Vertragsauslegung ist kein Entschuldigungsgrund. Weiteres Exk. zu § 374.

Anm. 10. Der § 339 BGB. trägt aber den zahlreichen Fällen nicht Rechnung, in denen die positive Leistung nicht kalendermäßig festgesetzt ist, und in denen doch für eine Mahnung kein Raum ist, in denen infolgedessen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angenommen werden muß, daß die bloße schuldhafte Pflichtverletzung, ohne besondere Mahnung, die Schadensersatzpflicht begründet (Anm. 11 zu § 347). So z. B. wenn in einem Vertrage festgesetzt ist, für jeden Fall, wo der Milchlieferant unreine Milch liefert, habe er eine Vertragsstrafe von 100 Mk. zu zahlen. Ob die Milch rein ist oder nicht, kann in solchem Falle erst durch chemische Untersuchung festgestellt werden. Ist sie unrein, so wird sie zurückgewiesen. Für eine Mahnung ist gar kein Raum. Oder: der Gesellschafter einer o. H. G. macht eine Geschäftsreise und vereinbart mit seinen Gesellschaftern, er wolle bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von 100 Mk. für jeden Fall täglich Bericht geben. Auch hier ist die Vertragsstrafe verwirkt bei jedesmaligem schuldhaften Unterlassen eines Berichts. Oder: der bierbezugspflichtige Wirt bezieht das Bier von einer anderen Brauerei.

Anm. 11. Hierher gehört auch der Fall, wenn der Verpflichtete vor Eintritt der Fälligkeit die bestimmte Erklärung abgibt, nicht erfüllen zu wollen; er setzt sich damit selbst in Verzug und enthebt den Gläubiger der Mahnung und Fristsetzung nach § 326 BGB. Die Vertragsstrafe wird ohne weiteres fällig (RG. 26. 11. 01 DJZ. 02, 68; JW. 02, 28[23]; vgl. RG. 54, 98; 57, 106). Dasselbe gilt für die den Vertragszweck gefährdenden sog. positiven Vertragsverletzungen. Die Weigerung der Erfüllung, der die Erklärung, der Vertrag werde annulliert oder nicht anerkannt, gleichsteht, ist nur ein besonderer Fall der positiven Vertragsverletzungen (hierüber Exk. zu § 374).

Anm. 12. **Die Beweislast hinsichtlich der Voraussetzungen der Vertragsstrafe** gestaltet sich wie folgt: Handelt es sich um eine Vertragsstrafe für Verletzung einer Unterlassungspflicht,

Digitized by Google

§ 348. so muß der Gläubiger das Bestehen der Hauptverpflichtung und der Strafverpflichtung und außerdem die Zuwiderhandlung vor Klagerhebung beweisen (§ 345 BGB.; JW. 01, 750[4]).

Anm. 13. Handelt es sich um eine Vertragsstrafe wegen Verzuges, so hat der Gläubiger die Hauptverpflichtung und die Strafverpflichtung und daß der Schuldner gemahnt oder daß die Hauptverpflichtung kalendermäßig festgesetzt ist oder, daß ein Fall der Anm. 9 oder 10 vorliegt, zu beweisen. Der Schuldner hat demgegenüber entweder zu beweisen, daß er erfüllt hat (§ 345 BGB.), oder daß die Leistung unterblieben ist infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB.; RG. 20, 33).

Anm. 14. Handelt es sich endlich um eine Vertragsstrafe wegen sonstiger schuldhafter Vertragsverletzung (oben Anm. 8), so hat der Gläubiger nur die Hauptverpflichtung und die Strafverpflichtung zu beweisen; alsdann hat der Schuldner entweder zu beweisen, daß er erfüllt hat (§ 345 BGB.), oder daß die Leistung unterblieben ist infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat (entspr. Anwendung des § 285 BGB.).

4. **Die Rechtsfolgen der Verwirkung der Vertragsstrafe.** Sie gestalten sich verschieden, je nach- Anm. 15. dem es sich um eine Vertragsstrafe für Nichterfüllung oder um eine solche für nicht gehörige Erfüllung handelt (§§ 340—342 BGB.).

a) **Bei der Strafe für Nichterfüllung** ist es der Entschließung des Gläubigers überlassen, ob er die verwirkte Strafe oder die Erfüllung verlangen will. Der Schuldner hat kein Recht, sich durch Belegung der Strafe von der Erfüllung zu befreien; die Vertragsstrafe ist keine Wandelpön. Der Gläubiger kann aber nicht beides nebeneinander verlangen, sondern er muß sich zwischen beiden Rechten schlüssig machen, falls nicht die Parteien anders bestimmt haben (RG. 49, 191); verlangt er beides, so hat er damit jedenfalls die Strafe verlangt und dadurch den Anspruch auf Erfüllung verwirkt. Doch handelt es sich nicht um eine Wahlobligation nach §§ 262ff. BGB., so daß der Schuldner nicht das Recht hat, den Gläubiger durch eine Fristbestimmung zur Erklärung der Wahl zu zwingen. Der Gläubiger kann sogar, selbst wenn er schon Erfüllung gefordert hat, statt der Erfüllung die Vertragsstrafe verlangen. Umgekehrt aber wird der Anspruch auf Erfüllung durch die Erklärung des Gläubigers, daß er die Strafe verlangt, ausgeschlossen. (Eine Ausnahme macht § 75 HGB., wo der Prinzipal nur die Vertragsstrafe wählen kann.)

Anm. 16. Hat sich der Gläubiger für die Vertragsstrafe entschieden, so kann er neben ihr, wie gesagt, nicht Erfüllung, wohl aber neben der Vertragsstrafe den weiteren Schaden geltend machen, der ihm durch die Nichterfüllung erwachsen ist, aber natürlich nicht vollen Schadensersatz neben der Strafe, vielmehr muß er sich auf den Anspruch auf Schadensersatz die Vertragsstrafe anrechnen lassen. Es wird hierbei vorausgesetzt, daß dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach der betreffenden Rechtslage überhaupt zusteht, was z. B. nicht der Fall ist, wenn der Gläubiger auf Grund des § 326 BGB. wegen Nichterfüllung den Rücktritt gewählt hat. Auch der Anspruch auf Verzugszinsen wird in dieser Weise von der Vertragsstrafe aufgezehrt, wenn sie größer ist als jener Anspruch; denn der Anspruch auf Verzugszinsen ist ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 288 BGB. (RG. 9, 44); von dem Anspruch auf Prozeßzinsen nach § 291 BGB. gilt das nicht, dieser Anspruch entsteht neben der Vertragsstrafe (so auch RG. 9, 44). Ist die Strafe so hoch bemessen, daß sie das volle Interesse an der Vertragserfüllung ersetzt, so führen die Grundsätze von Treu und Glauben zu der Auslegung, daß der Verpflichtete sich durch Erlegung der Strafe sowohl von der Leistung als auch von weiteren Schadensansprüchen befreien kann; namentlich ist dieser Grundsatz bei Übertretung von Konkurrenzverboten zur Anwendung zu bringen (§ 22 Anm. 37; Bolze 19 Nr. 494 f.; JW. 02 Beil. 250[106]).

Anm. 17. Durch die Geltendmachung des Erfüllungsversprechens allein wird, wie oben gezeigt, der Anspruch auf die Konventionalstrafe nicht ausgeschlossen, wohl aber durch die Annahme der Hauptleistung. Aber die Annahme einer Teilleistung nimmt dem Gläubiger das Recht auf die Vertragsstrafe nicht. Er kann immer noch die Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung wählen. Insofern treten wir Planck (Anm. 1 zu § 340 BGB.) und Schollmeyer

Digitized by Google

§ 348. (Anm. 1b zu § 340) bei und Goldmann-Lilienthal entgegen, die in der teilweisen Nichterfüllung eine ungehörige Erfüllung sehen und deshalb nach erfolgter Teilleistung die Vertragsstrafe versagen. Aber die teilweise Nichterfüllung ist Nichterfüllung, und durch die Nichterfüllung ist die ganze Strafe verwirkt (RGHG. 22, 168). Deshalb ist es auch nicht zutreffend, wenn Planck (Anm. 1 zu § 340 BGB.) sagt: Wenn der Gläubiger sich nach erfolgter Teilleistung für die Vertragsstrafe entscheide, so müsse er die empfangene Teilleistung zurückgewähren. Dafür liegt gar kein Grund und Anhalt vor. Wohl aber ist in Anwendung des § 320 Abs. 2 BGB. davon auszugehen, daß bei Geringfügigkeit der ausgebliebenen Teilleistung die Geltendmachung der Vertragsstrafe gegen Treu und Glauben verstoßen würde, so z. B. wenn die Geldzahlung geleistet ist, und nur das Porto oder das Bestellgeld abgeht (s. JW. 04, 139[4]). In allen übrigen Fällen wird man mit Kisch (KrVSchr. 44, 533) bei vom Schuldner zu vertretender teilweiser Unmöglichkeit im Zweifel als Parteiwille anzunehmen haben, daß der Gläubiger den noch möglichen Teil und neben diesem eine dem Recht entsprechende Quote der Vertragsstrafe verlangen kann; es wäre denn, daß der Gläubiger sein mangelndes Interesse an der unvollständigen Erfüllung nachweisen kann (vgl. RGHG. 22, 170).

Anm. 18. b) **Bei der Strafe für nicht gehörige, insbesondere nicht rechtzeitige Erfüllung** kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen. Hat der Gläubiger nach der Rechtslage einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung, so kann er diesen insoweit geltend machen, als er durch den Betrag der Vertragsstrafe nicht gedeckt wird (§ 341 Abs. 1 BGB.).

Anm. 19. **Annahme der Erfüllung** schließt hier das Recht auf die Vertragsstrafe nach § 341 Abs. 3 BGB. aus. Zum Begriff der Annahme in diesem Sinne gehört wie bei § 363 BGB. (Annahme als Erfüllung), § 464 BGB. (Annahme einer mangelhaften Sache), § 640 Abs. 2 BGB. (Abnahme eines mangelhaften Werkes) außer der körperlichen Entgegennahme ein Verhalten bei und nach der Hinnahme derart, daß der Empfänger die Leistung, wenn auch nicht als eine tadellose, so doch als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung anerkennt. Diese Anerkennung kann auch eine stillschweigende sein (RG. 59, 380). Ein solches Anerkenntnis nimmt dem Empfänger der Leistung noch nicht das Recht, Mängel der Erfüllung, die er nicht kannte (§§ 464, 640 Abs. 2 BGB.), geltend zu machen, sondern kehrt nach § 363 BGB. nur die Beweislast um, nimmt aber das Recht auf die Vertragsstrafe, wenn es nicht bei der Annahme der Leistung vorbehalten worden ist. Ein Vorbehalt, der vor Annahme der Erfüllung oder nachher erfolgt, ist (entgegen 6./7. Aufl., Dernburg II 1 § 103 IV und OLG. Stuttgart DJZ. 04, 822) unwirksam. Das Gesetz bezeichnet ausdrücklich als den einzigen für den Vorbehalt zugelassenen Zeitpunkt den der Annahme als Erfüllung (RG. 57, 341). Dieser Grundsatz darf jedoch nicht in der Schärfe aufgefaßt werden, daß ein Vorbehalt, der vor Annahme einer verspäteten Erfüllung gemacht worden ist, nicht dann vollwirksam wäre, wenn er in einer dem Schuldner erkennbaren Weise bei der Erfüllungsannahme aufrecht erhalten worden ist (RG. 59, 379; JW. 05, 137[12]). Ebenso wie bei § 464 BGB. braucht der Vorbehalt kein ausdrücklicher in dem Sinne zu sein, daß Worte oder den Worten gleichstehende Zeichen verlangt werden müßten. Dem § 341 Abs. 3 BGB. liegt zwar nicht der Gedanke eines Verzichts zugrunde (RG. 53, 358; vgl. JW. 04, 406[19]); allein es genügt zur Erhaltung des Rechts jede dem Schuldner deutlich erkennbare Willensbetätigung, welche ihn bei verständiger Würdigung der Sachlage davon überzeugen mußte, daß der Gläubiger bei Annahme der Leistung auf der Vertragsstrafe bestehe (RG. 61, 65; JW. 05, 427[5]). Es genügt also nicht das Vorhandensein eines Vorbehaltswillens oder das aus den Umständen zu entnehmende Nichtvorhandensein eines Verzichtwillens, sondern es muß der Vorbehaltswillen durch eine Kundgebung dem Gegner irgendwie erkennbar gemacht worden sein (RG. 61, 68). Bei Übersendung durch einen Mittelsmann, etwa durch die Post, genügt sofortige Erklärung nach Empfang. Sofort bedeutet, daß dem Käufer die Zeit frei bleiben muß, die er zur Untersuchung der Ware nach § 377 nötig hat (OLG. Hamburg in OLGR. 3, 285).

Digitized by Google

Nur die vorbehaltslose Annahme der ganzen Leistung bewirkt den Verzicht auf die Vertragsstrafe, nicht die Annahme einer Teilleistung. Es genügt, wenn ein einheitliches Ganze, z. B. ein Werk, in Teilleistungen erfüllt wird, der Vorbehalt bei Lieferung des ersten Stücks (OLG. Marienwerder im Recht 04, 445) oder bei Empfang der Hauptleistung (RG. 57, 341). Das Recht auf die Vertragsstrafe wird im übrigen erhalten, wenn der Vorbehalt bei der Schlußlieferung erfolgt (OLG. Breslau in Recht 03, 291 Nr. 1542). Der Vorbehalt muß vom Gläubiger oder dessen Vertreter gemacht sein. Ein Vorbehalt des selbstschuldnerischen Bürgen ist ungenügend (RG. 53, 358). Der in der Unterlassung eines Vorbehalts liegende Verlust auf die Strafe zieht nicht auch den Verlust anderer Ansprüche nach sich, z. B. auf Schadensersatz, wenn diese von der Vertragsstrafe unabhängig sind. § 348.

Die Beweislast für gemachten Vorbehalt trifft den Gläubiger oder den, der für sich Rechte aus dem Vorbehalt herleitet (RG. 53, 358; anders RG. 29, 119; ROHG. 13, 14). Das Erfordernis des Vorbehalts kann durch Parteiabrede beseitigt werden (ROHG. 11, 442; Bolze 11 Nr. 287; unten Anm. 30).

c) Eine Abweichung von den zu a und b aufgestellten Regeln tritt dann ein, wenn eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme als Vertragsstrafe versprochen ist (über Kaduzierung von Aktien § 212 Anm. 22). In diesem Falle wird durch die Erklärung, daß die Vertragsstrafe verlangt werde, der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen (§ 342 BGB.). Es würde, wenn das nicht bestimmt wäre, zu Unzuträglichkeiten und Weitläufigkeiten führen, wollte man dem Gläubiger gestatten, in solchem Falle zunächst die nicht in Geld bestehende Vertragsleistung und alsdann den darüber hinausgehenden Schaden zu verlangen. Die Sachleistung müßte zu diesem Zwecke erst abgeschätzt werden, was zu unsicheren Ergebnissen führen würde. Hier kann daher der Gläubiger, wenn er einen Anspruch auf Schadensersatz hat, zwar diesen geltend machen, auch wenn er diesen geltend gemacht hat, noch zu dem Verlangen auf die Vertragsstrafe übergehen; aber wenn er einmal erklärt hat, er wolle die Vertragsstrafe geltend machen, so ist damit der Anspruch auf Schadensersatz beseitigt. Anm. 20.

5. **Die Höhe der Vertragsstrafe.** Anm. 21.

a) An sich unterliegt die Vereinbarung über die Höhe der Vertragsstrafe keinen Beschränkungen. Nur wenn sie beim Hinzukommen weiterer Momente den Charakter der Unsittlichkeit (z. B. wucherischer Ausbeutung) oder durch ihre Höhe den Charakter eines unzulässigen Zwangsmittels (ROHG. 18, 108) annimmt, so wird sie ungültig (§ 138 BGB.). Ob dann der ganze Vertrag ungültig wird, darüber s. oben Anm. 4 und Erk. zu § 346 Anm. 22 ff.; über Konkurrenzverbote bei Handlungsgehilfen § 74, bei selbständigen Kaufleuten § 22 Anm. 33; bei Vorständen von AG. § 236 Anm. 11; beim Komplementar § 326 Anm. 10.

b) **Aber das Gesetz bestimmt gegenüber der verwirkten Strafe ein richterliches Ermäßigungsrecht auf Antrag des Schuldners (§ 343 BGB.).** Anm. 22.

α) Für die Ausübung des richterlichen Ermäßigungsrechts ist maßgebend eine ganze Reihe von Gesichtspunkten, unter denen aber das Interesse des Gläubigers obenan steht. Zu berücksichtigen ist dabei jedes Interesse des Gläubigers, nicht bloß ein greifbarer Vermögensschaden; denn der Umstand allein, daß der Gläubiger bisher keinen unmittelbaren greifbaren Schaden durch die Vertragsverletzung gehabt hat, reicht nicht aus (OLG. Dresden OLGR. 3, 386). Denn es kommt auf den Schaden an, der dem Gläubiger nach den zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen Umständen erwachsen konnte (s. RG. 12, 23; 47, 310). Auch ein Affektionsinteresse, selbst ein ideales kann in Betracht kommen, aber immerhin muß es ein verständiges Interesse sein; bloße Launen und Kaprizen verdienen im Rechtsverkehr keine Berücksichtigung. Auch der Umstand, daß die Vertragsstrafe ein Zwangsmittel sein und die Vertragstreue fördern soll, kommt in Betracht, und der Richter muß sich daher hüten, durch allzu leichtes Eingehen auf die Ermäßigungsbitte des Schuldners die Vertragsuntreue zu befördern. Ob der Schuldner vorsätzlich oder fahrlässig handelte und welcher Grad der Fahrlässigkeit vorliegt, ist zu beachten. Aber

Digitized by Google

§ 348. auch die Vermögenslage des Schuldners darf nicht außer Betracht bleiben, obwohl wieder als Gegengewicht in Betracht kommt, daß der Schuldner sich selbst durch seine Vertragsverletzung in eine seine Vermögensverhältnisse bedrückende Lage gebracht hat.

Anm. 23. Im Einzelfalle das Richtige zu treffen, ist schwierig. Doch ist auch der Gesetzgeber von der Erwartung ausgegangen, daß der deutsche Richter von dem Ermäßigungsrecht keinen zu weitgehenden Gebrauch machen werde. Es muß schon ein ganz krasser Fall vorliegen, etwa in der Weise, daß gar kein ersichtliches Interesse des Gläubigers an einer so übertriebenen Strafe, oder daß eine Bedrückung des Schuldners vorliegt, welche die ganze Existenz des Schuldners nachteilig zu beeinträchtigen geeignet ist, so z. B. wenn der Inhaber eines Unternehmens sich von seinem Kommis eine Konkurrenzklausel unterschreiben läßt bei Vermeidung einer Strafe von 100000 Mk. Das würde in den meisten Fällen die ganze Existenz des Kommis nachteilig beeinträchtigen und wohl auch die Interessen des Gläubigers weit übersteigen.

Anm. 24. β) Die Geltendmachung des Ermäßigungsrechts erfolgt durch Einrede gegen die Klage auf Zahlung der Vertragsstrafe (JW. 03 Beil. 96[215]) oder durch selbständige Klage auf Herabsetzung. Die letztere hat nicht den Charakter einer Feststellungsklage (Goldmann-Lilienthal I[2] 397; dagegen Hölder im Recht 00, 162 u. ZZP. 29, 76). Von Amts wegen darf die Herabsetzung nicht erfolgen; allein wenn der Klagegrund gänzlich bestritten ist, bedarf es keines ausdrücklichen Antrags auf Herabsetzung (OLG. Hamburg 9. 10. 03 HansGZ. 03 Beibl. 286). Die Beweislast für die Übermäßigkeit hat der Schuldner (OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 258).

Anm. 25. γ) Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. Entrichtet ist die Strafe streng genommen nur, wenn der Anspruch erfüllt ist (also, wenn die geschuldete Strafleistung bewirkt ist, oder der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt angenommen hat, §§ 362, 364 BGB.). Aber es folgt weiter aus der Natur der Sache, daß das Ermäßigungsrecht ebenfalls nicht besteht, wenn das Schuldverhältnis sonst erloschen ist (z. B. durch berechtigte Hinterlegung oder durch Aufrechnungserklärung). Auch hier wird man davon sprechen können, daß die Strafe entrichtet sei. Die Strafe gilt nicht als entrichtet, wenn ein selbständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB. abgegeben wird, und nicht, wenn ein Wechsel über die Vertragsstrafe gegeben wird; denn im Zweifel gilt dies nicht als Erfüllung (§ 364 BGB.). Das gleiche gilt, wenn ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. und § 350 HGB. abgegeben wird; auch hier greift § 364 BGB. Platz, während § 812 Abs. 2 BGB. hieran nichts ändert. Nach diesem letzteren Paragraphen gilt allerdings der Anerkenntnisvertrag als Leistung, aber nur im Sinne der Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung. Es soll damit nicht gesagt werden, daß die Hauptverbindlichkeit als erfüllt gilt durch Abschließung eines Anerkenntnisvertrages, vielmehr wird diese Annahme ausgeschlossen durch § 364 BGB. Durch die Annahme einer Anweisung gilt die Vertragsstrafe nicht als entrichtet. Wohl aber ist die Strafe entrichtet durch Einlösung des Wechsels oder der Anweisung, sei es auch an den dritten gutgläubigen Besitzer. Wenn hierbei d. h. bei der Veräußerung der Urkunde seitens des Strafgläubigers dolos vorgegangen ist, hat er dem Schuldner den Schaden zu ersetzen (§ 826 BGB.). Leistung auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils ist keine Entrichtung.

Ist die Strafe teilweise entrichtet, so kann die Herabsetzung des noch rückständigen Teiles verlangt werden; dabei kann der noch rückständige Teil unter Umständen vom Richter ganz gestrichen werden.

Anm. 26. δ) **Nach unserem § 348 HGB. fällt das Ermäßigungsrecht weg, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Vertragsstrafe versprochen hat.**

αα) Ein Kaufmann muß die Vertragsstrafe versprochen haben, mag es nun ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 sein. Doch muß es ein Vollkaufmann sein (§ 351). Überall greift aber hier auch die Vorschrift des § 5 Platz: auch hier kann der,

Digitized by Google

dessen Firma eingetragen ist, nicht geltend machen, daß sein Gewerbe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe ist. Auch wer sonst als Kaufmann gilt, muß sich dies hier entgegenhalten lassen (vgl. Exk. zu § 5). § 348.

Ob aber der Kaufmann zur Zeit der Verwirkung hiernach noch als Kaufmann zu betrachten ist, ist gleichgültig (JW. 00, 855). Ebenso ist es gleichgültig, ob der andere Teil Kaufmann ist. Ist er es nicht, so greift § 348 doch Platz, wenn der Versprechende Kaufmann ist; ist der andere Teil Kaufmann, so greift der § 348 doch nicht Platz, wenn der Versprechende nicht Kaufmann ist (s. § 218 Anm. 7).

β,3) Im Betriebe seines Handelsgewerbes muß er die Vertragsstrafe versprochen haben. Anm. 27.
Über die weite Ausdehnung des Begriffs „Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe" Anm. 9 ff. § 343. Der Paragraph hätte nach dem System des HGB. überhaupt anstatt: „Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist", dahin gefaßt werden können: Eine Vertragsstrafe, deren Versprechen sich als ein Handelsgeschäft darstellt. Denn ein Handelsgeschäft ist ja nach § 343 nur das Geschäft, welches ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abschließt. Selbstverständlich greift hier auch die Vermutung des § 344 Abs. 1 und auch die verstärkte Vermutung des § 344 Abs. 2 Platz (eine von einem Kaufmann schriftlich versprochene Vertragsstrafe gehört fiktiv und nicht nur im Zweifel zum Betriebe seines Handelsgewerbes); RG. 29, 12.

Die Frage, ob ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Strafe versprochen hat, wird besonders kritisch bei Strafgedingen, welche sich an die Konkurrenzklausel bei Kauf und Pacht eines ganzen Geschäfts knüpfen. Hier wird die Frage beantwortet werden müssen, ob der Erwerb eines Geschäfts auf seiten des Erwerbers ein durch einen Kaufmann betätigtes Handelsgeschäft ist. Wir haben das bejaht (Anm. 26 § 343). Über Konkurrenzverbote oben Anm. 6, 16, 21. Anm. 28.

γγ) Treffen diese Voraussetzungen zu, so fällt nur das im § 344 BGB. festgesetzte richterliche Ermäßigungsrecht weg, nicht auch fallen sonstige Ermäßigungsrechte hinweg, welche in anderen Gesetzen gegeben sein sollten, z. B. nicht das, was in § 4 des Gesetzes vom 16. Mai 1894 über die Abzahlungsgeschäfte gegeben ist (anders Wolf DJZ. 6, 554). Dasselbe fällt nur dann weg, wenn der Versprechende ein eingetragener Kaufmann ist (§ 8 des Gesetzes). Dabei behält es sein Bewenden und unter dem eingetragenen Kaufmann ist nicht etwa jede Person zu verstehen, die eingetragen ist und nach § 5 HGB. als Kaufmann gilt. Denn dieser Paragraph gilt hier nicht (Art. 2 Abs. 2 EG. z. HGB.), weil das HGB. die sonstigen Reichsgesetze unberührt läßt. Deshalb ist unter einem eingetragenen Kaufmann im Sinne dieser Gesetzesstelle ein wirklicher Kaufmann zu verstehen, der außerdem noch eingetragen ist. Das Verhältnis des § 343 BGB. in Verbindung mit §§ 348, 351 HGB. zu § 4 Abs. 1, § 8 des Gesetzes vom 18. Mai 1894 kann dahin präzisiert werden, daß immer das Recht zur Anwendung kommt, welches dem Schuldner günstiger ist (Wolf DJZ. 6, 555). Anm. 29.

Das in Anm. 7 u. 21 über den Wegfall der Vertragsstrafe Gesagte gilt auch dann, wenn sie im Betriebe eines Handelsgewerbes zugesagt ist.

6. **Die Bestimmungen über die Vertragsstrafe sind zum Teil dispositiv, zum Teil zwingenden Charakters.** Dispositiv sind die Bestimmungen über die Voraussetzungen der Vertragsstrafe: Es kann entgegen dem Gesetze vereinbart werden, daß die Vertragsstrafe auch ohne Verzug und auch ohne Verschulden eintreten soll, und umgekehrt, daß bei der Verletzung einer Unterlassungspflicht nur schuldhaftes Zuwiderhandeln die Vertragsstrafe zur Entstehung bringen soll. Dispositiv sind ferner die Bestimmungen über die Folgen der Vertragsstrafe: Es kann vereinbart werden, daß der Schuldner sich durch Zahlung der Vertragsstrafe von der Erfüllung befreien kann. Aus der Höhe der Strafe kann auf einen solchen Vertragswillen zurückgeschlossen werden (oben Anm. 16). Dadurch wird, wie Düringer-Hachenburg § 348 Note II 3c ohne weiteres zuzugeben ist, die Vertragsstrafe nicht zu einem die Minderung ausschließenden Reugeld; anders ist auch der in 6./7. Aufl. nur vergleichsweise Anm. 30

Digitized by Google

§ 348. gewählte Ausdruck Wandelpön nicht gemeint. Es kann bei der Vertragsstrafe für Nichterfüllung vereinbart werden, daß neben der Erfüllung die Vertragsstrafe verlangt werden darf, oder auch neben vollem Schadensersatz; es kann umgekehrt bei der Vertragsstrafe für ungehörige Erfüllung vereinbart werden, daß der Gläubiger nur entweder die gehörige Erfüllung oder die Vertragsstrafe zu wählen hat; es kann der Vorbehalt bei der Annahme dort für unnötig erklärt werden, wo das Gesetz ihn für nötig erklärt, und dort für nötig, wo das Gesetz ihn für unnötig erachtet. Endlich ist eine Vereinbarung, daß die Strafe mehrfach, d. h. bei jeder einzelnen Zuwiderhandlung, verwirkt sein soll, dann zuzulassen, wenn die Verpflichtung zur Unterlassung neuer Verstöße fortbestehen soll, z. B. wenn durch dauernde Fernhaltung des Wettbewerbs dem Geschäftsübernehmer allein eine Existenzmöglichkeit geboten werden konnte und sollte.

Anm. 31. **Dagegen ist die Bestimmung über das richterliche Ermäßigungsrecht zwingenden Charakters.** Es kann also nicht im voraus vereinbart werden, daß dem Schuldner das Ermäßigungsrecht nicht zustehen soll. Ein nachträglicher Verzicht darauf aber ist zulässig, d. h. ein Verzicht nach Verwirkung. Eine besondere Art zwingenden Rechts zugunsten der Handlungsgehilfen (§ 75 Anm. 8 u. Erk. zu § 62).

Anm. 32. 7. **Weitere Einzelheiten über die Vertragsstrafe.**

a) **Auslegung.** Vertragsstrafen können zwar nicht ausdehnend interpretiert werden (RG. 26, 165), aber anderseits ist es auch nicht richtig, daß eine strenge, mehr an den Wortlaut sich anschließende Auslegung zu wählen wäre, sondern der wahre Wille der Parteien unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und die Verkehrssitte, sowie bei Kaufleuten die kaufmännischen Anschauungen (RG. 29. 5. 05 Holdheim 03, 208) sind die obersten Regeln (JW. 03 Beil. 43[92]; § 346 Anm. 2ff. u. oben Anm. 6). Sind Blankoakzepte zur Sicherheit für eine etwa verfallende Vertragsstrafe hingegeben, so darf der Gläubiger sie ausfüllen und nach Verfall der Strafe verwerten. Der Akzeptant hat zu beweisen, daß die Strafe nicht verfallen war, nicht aber hat der legitimierte Wechselinhaber darzutun, daß der Fall eingetreten war, der ihn zur Wechselausfüllung und Erhebung der Strafe berechtigte (RG. 47, 188; RG. 5. 4. 05 Holdheim 14, 235).

Anm. 33. b) **Abtretbarkeit der Vertragsstrafe.** Der Anspruch auf die verfallene Vertragsstrafe kann selbständig abgetreten werden, der auf die nicht verfallene kann wegen ihres akzessorischen Charakters (oben Anm. 3) nicht selbständig abgetreten werden (RG. 15, 213), obgleich § 398 BGB. der Abtretung nur als künftig möglich angenommener Forderungen nicht entgegensteht (RG. 55, 334). Umgekehrt geht mit dem Hauptanspruch der Anspruch auf die noch nicht verfallene Vertragsstrafe mit über (arg. § 401 BGB.), und kann auch nicht zurückbehalten werden (JW. 05, 428[6]; so auch Oertmann § 399 Ziff. 2b; anders Dernburg II 1 § 100 III 4). Zweifelhaft ist, ob auch der Anspruch auf die verwirkte Vertragsstrafe diesen akzessorischen Charakter hat. Wir würden das letztere verneinen, weil durch die Verwirkung der Anspruch selbständig geworden ist.

Anm. 34. c) **Erfüllungsort** für Zahlung der Vertragsstrafe als einer Nebenverbindlichkeit ist der Erfüllungsort der Hauptverbindlichkeit, deren vertragsmäßige Leistung durch die Strafe gesichert werden soll (RG. 15, 435); es wäre denn, daß ein besonderer Erfüllungsort vereinbart worden ist.

Anm. 35. d) **Verjährung der Vertragsstrafe.** Ist der Hauptanspruch verjährt, so ist auch der Strafanspruch verjährt, da nach § 224 BGB. mit dem Hauptanspruch auch die Ansprüche auf die von ihm abhängigen Nebenleistungen verjähren. Das kann aber nicht mehr gelten, wenn die Vertragsstrafe verwirkt ist. Dann ist sie eben keine Nebenleistung mehr und von dem Hauptanspruch nicht mehr abhängig.

Anm. 36. e) **Die Vertragsstrafe im Konkurse des Schuldners.** Wird der Vertrag von dem Konkursverwalter nicht erfüllt, weil er von seinem Eintrittsrechte nicht Gebrauch macht (§ 17 KO.), oder zwar eintritt, aber seinen Vertragspflichten nicht nachkommt, so ist die Vertragsstrafe verwirkt (RG. 21, 5; 26, 90); es wäre denn, daß der Verwalter den Pflichten des Gemeinschuldners z. B. nicht unter einem gewissen Preis zu verkaufen, gar nicht nachkommen darf

Digitized by Google

(RG. 35, 31). Die neben der Erfüllung geschuldete Vertragsstrafe hat den gleichen Rang wie die Hauptforderung (§ 62 Nr. 2 KO.; RG. 49, 191). Mit der statt der Erfüllung geschuldeten Strafe kann es sich nicht anders verhalten. § 348.

Der Anspruch auf die Strafe ist einfache Konkursforderung, wenn er seine Grundlage in dem Nichteintritt des KV. oder in vorzeitiger Kündigung der in §§ 19, 22 KO. bezeichneten Rechtsverhältnisse seitens des KV. hat (§ 26 KO.; RG. 21, 6; 26, 92; 59, 55). Der Anspruch wird dagegen zu einer Masseschuld nach § 59 Nr. 1 u. 2 KO., wenn der KV. trotz seines Eintritts (§ 17 KO.) nicht erfüllt hat, oder auch ohne Eintritt kraft Gesetzes (§§ 21, 25, 27, 28 KO.) auch für die Zeit nach der Konkurseröffnung zu erfüllen hatte (RG. 55, 267). Doch trifft dies nicht zu, wenn nach der Natur des Vertrags oder nach dem Parteiwillen die Strafklausel sich auf den Konkursfall nicht bezog (RG. 35, 31; Einhaltung bestimmter Preise).

Der Anspruch auf Vertragsstrafe ist aber überhaupt keine Konkursforderung und nimmt am Konkurs nicht teil, wenn die Fälligkeit durch eine Zuwiderhandlung des Gemeinschuldners herbeigeführt worden ist, die er nach Konkurseröffnung vorgenommen hat (§ 7 KO.; RG. 59, 57). Über alle diese Fragen vgl. Jaeger KO. § 3 Anm. 10; § 17 Anm. 10 u. 47; § 62 Anm. 2 u. 3.

Zusatz. Übergangsfrage. Wird aus früher begründeten Schuldverhältnissen eine Vertragsstrafe vor oder nach dem 1. Januar 1900 verwirkt, so findet das alte Recht Anwendung (Art. 170 EG. z. BGB.), wobei natürlich die im Art. 171 gemachte Ausnahme für Dienst- und Mietverträge gilt. Auch das Ermäßigungsrecht des § 343 BGB. hat nicht rückwirkende Kraft. Es gilt daher das alte Recht ohne Unterschied, ob die Zuwiderhandlung vor oder nach dem 1. Januar 1900 stattgefunden hat. Über das Ermäßigungsrecht bestimmt daher das zur Zeit des Vertragsschlusses, nicht das zur Zeit der Verwirkung geltende Recht (JW. 00, 854[10], 855[11]; RG. 44, 59; 53, 420). Dieselben Grundsätze gelten für die Verzugsfolgen (RG. 52, 264). So gehört auch die Wirkung vorbehaltsloser Annahme (Anm. 19) zum Inhalt des Schuldverhältnisses und beurteilt sich nicht nach dem zur Zeit der Erfüllungsannahme geltenden Recht, sondern nach dem Recht zur Zeit der Ausbedingung der Vertragsstrafe (JW. 05, 485[2]; RG. 61, 133). Anm. 37.

Exkurs zu § 348. Exk. zu § 348.

Die Draufgabe und das Reugeld.

I. Die **Draufgabe** (arrha, Handgeld, Angeld, Draufgeld, Mietstaler, Weinkauf). Anm. 1.

1. **Die Vorschriften über die Draufgabe sind aus dem HGB. gestrichen.** An Stelle des Art. 285 des alten HGB. sind die §§ 336—338 BGB. getreten, die im wesentlichen mit der Vorschrift des alten HGB. übereinstimmen.

2. **Die Draufgabe gilt nach gesetzlicher Vorschrift als Zeichen des Abschlusses des Vertrages** (§ 336 BGB.). Das heißt: Die Hingabe eines Draufgeldes beweist den Vertragsschluß. Der **Gegenbeweis**, daß trotz der Draufgabe die Einigung der Parteien nicht erfolgt ist, ist natürlich zulässig (§ 154 BGB.). Gelingt er, so kann die Draufgabe zurückgefordert werden (§ 812 BGB.). Anm. 2.

3. **Die Draufgabe hat im Zweifel nicht die Bedeutung eines Reugeldes** (§ 336 Abs. 2 BGB.). Die Vereinbarung der Parteien, auch die Verkehrssitte oder eine Rechtssitte kann der Draufgabe einen anderen Charakter geben (§ 157 BGB). Über das Reugeld unten Anm. 6. Anm. 3.

4. **Die Draufgabe ist nicht eine Zugabe** (§ 337 BGB.). Sie muß auf die von dem Geber geschuldete Leistung angerechnet oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung des Vertrages zurückgegeben werden. Desgleichen muß sie zurückgegeben werden, wenn der Vertrag wieder aufgehoben wird (§ 337 BGB.), und selbstverständlich, wenn der Vertrag nichtig wird. Wenn jedoch die von dem Geber geschuldete Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich wird, oder wenn der Geber die Wiederaufhebung des Vertrages verschuldet hat, so ist der Empfänger berechtigt, die Draufgabe zu behalten (§ 338 Anm. 4.

Digitized by Google

Erl. zu § 348. BGB.). Dadurch erhält sie eine weitere Bedeutung, als die des bloßen Zeichens des Vertragsabschlusses. Sie soll infolge dieser Vorschrift ein Druck zur Vertragserfüllung sein. Sie hat also eine ähnliche Funktion wie die Vertragsstrafe. Immerhin ist sie keine solche und die Vorschriften über die Vertragsstrafe finden auf die Draufgabe keine Anwendung, insbesondere nicht das richterliche Ermäßigungsrecht.

Anm. 5. Verlangt dagegen der Empfänger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe im Zweifel anzurechnen bzw. zurückzugeben, auch dann, wenn der Geber die Nichterfüllung vertretbar verschuldet hat.

Anm. 6. II. **Das Reugeld.**

1. Für verschiedene Fälle kann ein Reugeld vereinbart werden. Den Charakter eines Reugeldes kann die Vertragsstrafe haben, wenn die Parteien ihr diesen Charakter geben (Anm. 30 § 348), desgleichen die Draufgabe (oben Anm. 3); jedoch tritt alsdann die Vertragsstrafe und die Draufgabe nur an Stelle des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, während das Reugeld das Rücktrittsrecht gegen Erlegung des Betrags gewährt. Es kann aber auch der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes selbständig vereinbart werden (JW. 02 Beil. 196).

Für alle Vereinbarungen eines Reugeldes bestimmt § 359 BGB., daß, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung des Rücktritts entrichtet wird, und der andere Teil die Erklärung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist, die Rücktrittserklärung unwirksam sei. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhafte Verzögerung (§ 121 BGB.), über den Begriff „Entrichtung" siehe Anm. 25 § 348.

Anm. 7. 2. **Von handelsrechtlicher Wichtigkeit ist eine besondere Art der Reugeldvereinbarung, die Prämie.** Sie erscheint als Vorprämie und als Rückprämie.

Die Vorprämie. Wer heute ein Wertpapier zu bestimmtem Kurse kauft, mit der Verpflichtung, es später (ultimo) abzunehmen, der wird dabei von der Hoffnung geleitet, daß der Kurs zur Zeit der Abnahme (am Stichtage) gestiegen sein wird, so daß er in der Lage sein wird, das abzunehmende Papier teurer loszuschlagen, als er es eingekauft hat. Er läuft aber Gefahr, daß der Kurs nicht steigen, sondern fallen werde. Alsdann würde er nicht Gewinn, sondern Verlust haben, weil er verpflichtet ist, die Ware abzunehmen, und sie nur zu geringerem Preise verkaufen könnte, als sie ihn kostet. Dieses Risiko zu begrenzen, dient die Prämie, d. h. die Abmachung, daß er gegen Zahlung einer bestimmten Summe (Prozentsatz) berechtigt ist, sich von dem Vertrage, von der Abnahme- und Zahlungspflicht loszumachen (sog. Kauf der Vorprämie). Der Käufer kann dann nicht mehr verlieren als die Wandelpön, die Vorprämie (ROHG. 15, 399; 19, 6). Vorauszahlung der Vorprämie ist weder Leistung nach § 762 BGB. noch nach § 66 Abs. 4 BörsGes.; sie unterliegt daher der Rückforderung, wenn das Hauptgeschäft unwirksam ist (RG. 38, 238; JW. 02, 101[50]).

Anm. 8. **Die Rückprämie.** Wer heute zu einem bestimmten Kurse Papiere, die er nicht besitzt, verkauft, mit der Verpflichtung, sie später (ultimo) zu liefern, tut dies in der Hoffnung, daß die Papiere bis zum Lieferungstage im Kurse sinken werden, so daß er in der Lage sein werde, sie am Stichtage billiger einzukaufen, sich billig zu decken. Er läuft dabei aber die Gefahr, daß die Papiere seiner Hoffnung entgegen im Kurse steigen werden. Alsdann müßte er, da er gezwungen ist, sie zum Zwecke der Erfüllung seiner Lieferungspflicht einzukaufen, mehr dafür zahlen, als er selbst erzielt hat. Dieses Risiko zu begrenzen, dient die Rückprämie. Er erhält dadurch das Recht, gegen Zahlung einer bestimmten Summe (Prozentsatz) sich von der Lieferungspflicht freizumachen. Er kann dann nicht mehr verlieren als die Wandelpön, die Rückprämie.

§ 349.

§ 349. Dem Bürgen steht, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage nicht zu. Das Gleiche gilt unter der bezeichneten

Digitized by Google

Voraussetzung für denjenigen, welcher aus einem Kreditauftrag als Bürge haftet. § 349.

Lit.: Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigent., Graz 04; JsayJherings J. 48, 193, 199; Eck, Vorträge über das Recht des BGB., herausgegeben von R. Leonhard.

Der vorliegende Paragraph gibt eine vereinzelte Vorschrift über die Bürgschaft. Sie betrifft den Ausschluß der Einrede der Vorausklage für die Bürgschaft des Vollkaufmanns im Betriebe seines Handelsgewerbes. Einleitung.

Allein die Bürgschaft, im Handelsverkehr häufig Garantie genannt, ist hier eine so wichtige Vertragsart, daß ihre Grundsätze überhaupt beleuchtet werden müssen.

1. Die Vorschriften über die Bürgschaft sind enthalten in den §§ 765—778 BGB. Dazu tritt für das Handelsrecht noch die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen und die des § 350 (bzw. § 351) HGB. über die Form. Anm. 1.

2. **Begriff der Bürgschaft.** Sie besteht in der dem Gläubiger eines Dritten gegenüber übernommenen Verpflichtung, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 BGB.), und erfordert einen Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger. Ein Versprechen dem Schuldner gegenüber begründet noch keine Bürgschaft. Die Erklärung des Bürgen muß dem Gläubiger gegenüber erfolgen und von diesem angenommen sein. Die Annahmeerklärung liegt in der stillschweigenden Empfangnahme der Bürgschaftsurkunde (§ 151 BGB.; RG. 57, 66; 61, 414), wie in jedem eine Annahme ausdrückenden Verhalten; vgl. unten Anm. 4. Anm. 2.

a) **Sie setzt voraus die Verbindlichkeit eines Dritten,** die auch eine künftige, auch eine bedingte sein kann. Durch Gewährleistung der Sicherheit einer abgetretenen Forderung (§§ 438, 365 BGB.), wird keine Bürgschaft geleistet sondern eine eigene Verbindlichkeit übernommen (RG. 60, 371; JW. 05, 338[7]); wohl aber liegt eine Verbürgung darin, daß der Bevollmächtigte die Haftung neben dem Vollmachtgeber übernimmt (JW. 04, 407[14]). Die Bürgschaft ist eine akzessorische Verbindlichkeit. Besteht die Hauptverbindlichkeit nicht, oder kommt sie nicht zur Existenz, so besteht auch die Bürgschaft nicht. Insoweit gilt das gleiche, wie bei der Vertragsstrafe. Nur ein Garantievertrag ist dann noch möglich (Eck 567). Es werden daher die verschiedenen Ungültigkeitsfälle der Hauptverbindlichkeit, wie wir sie in der Lehre von der Vertragsstrafe aufgezählt haben, hier ebenfalls wichtig (Anm. 3 § 348).

Natürlich kann aber auch der Bürgschaftsvertrag aus selbständigen Gründen ungültig sein; z. B. wenn der Vormund namens seines Mündels eine Bürgschaft ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts übernommen hat (§ 1822 Nr. 10 BGB.; JW. 06, 337[15]). Auf den Bestand der Hauptverbindlichkeit kann dies im Einzelfalle von Erheblichkeit sein, so z. B. wenn der Gläubiger nur unter der Bedingung, daß die Bürgschaft geleistet wird, Kredit gegeben hat. Anm. 3.

b) **Sie besteht in der Übernahme der Verpflichtung, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.** Anm. 4.

α) Für diese Übernahme hat das BGB. im § 766 **eine Form** vorgeschrieben, nämlich die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung. Es ist nicht etwa ein zweiseitiger schriftlicher Vertrag erforderlich, vielmehr ist nur die Erklärung des Bürgen schriftlich festzulegen und dieses Schriftstück dem andern zu „erteilen", d. h. sie muß dem Gläubiger, wenn er anwesend ist, überreicht oder, wenn er abwesend ist, im Sinne des § 130 BGB. zugegangen sein; erst in diesem Augenblick wird die Bürgschaft wirksam (RG. 61, 414; 62, 381; JW. 05, 715[3]). Bloßes Vorzeigen der Urkunde genügt nicht (a. M. 6./7. Aufl.; über das Zugehen Erk. zu § 361 Anm. 2 u. 4 ff.). Selbstverständlich muß die so erteilte Bürgschaftserklärung von dem Gläubiger auch angenommen werden, sonst würde ja kein Vertrag zustande kommen (§ 305 BGB.), aber die Annahmeerklärung ist formlos gültig (oben Anm. 2 JW. 06, 187[1]). Häufig wird im Handelsverkehr, zumal bei Anbahnung außergerichtlicher Akkorde, eine für alle zustimmenden Gläubiger bestimmte Bürgschaftsurkunde ausgestellt,

Digitized by Google

§ 349. dem Schuldner ausgehändigt und den Gläubigern bei der Bewerbung um ihre Zustimmung vorgezeigt. Dies genügt, wenn keine Schriftform erforderlich ist, und der Gläubiger zustimmt (vgl. Bolze 18 Nr. 515). Wo aber Schriftform nötig ist, muß die Urkunde dem Gläubiger oder dessen Bevollmächtigtem auch ausgefolgt sein. Daß insbesondere die Erteilung der Bürgschaftserklärung durch Vermittlung des Schuldners genügt, unten Anm. 9; auch das genügt, daß man die Bürgschaftsurkunde dem Schuldner oder einem Dritten einhändigt, damit dieser sie einem von ihm zu suchenden Gläubiger übergibt (RG. 11, 248; 31, 66; 57, 66; 61, 347). Ist Schriftform erforderlich, so darf der Name des Gläubigers in die Urkunde auch erst nachträglich eingesetzt werden, wenn der Bürge die Urkunde zu diesem Zweck aus der Hand gegeben hat (JW. 06, 187[1]).

Anm. 5. In welcher Weise die Erklärung schriftlich festgestellt werden muß, ob insbesondere und wie ein Vertreter die Urkunde zeichnen kann, um die Erfordernisse einer schriftlichen Erklärung herzustellen, s. Anm. 2, 34 ff. § 350.

Anm. 6. Der Mangel der Form kann nicht geltend gemacht werden, nachdem die Bürgschaftsverpflichtung erfüllt und — bei teilweiser Erfüllung — soweit sie erfüllt ist (§ 766 Satz 2 BGB.). Wann Erfüllung vorliegt s. Anm. 22 § 348. Der Mangel der Form beseitigt nur die Haftung aus der Bürgschaft, nicht aber die Haftung aus einem andern Rechtstitel; hierüber § 350 Anm. 6.

Anm. 7. **Für den Handelsverkehr ist von dieser Formvorschrift eine Ausnahme gemacht,** die weit enger ist als die des früheren HGB. Während nach diesem jede Bürgschaft, die auf einer Seite ein Handelsgeschäft war, von der Form befreit war (Art. 317, 277 HGB.), kann sich nach dem neuen HGB. nur der, auf dessen Seite die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist, ohne Beobachtung der Form gültig verbürgen, und auch dieser nur dann, wenn er ein Vollkaufmann ist (§§ 350, 351 HGB.). Ein Handelsgeschäft ist die Bürgschaft seitens des Bürgen dann, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes sie erklärt hat (§ 343 HGB.). Das Gesetz hätte ebensogut und vielleicht noch genauer im § 350 sagen können: Wenn ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Bürgschaft übernimmt.

Anm. 8. Dafür, wann auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft vorliegt, bzw. wann der Fall vorliegt, daß ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Bürgschaft übernimmt, sind die §§ 343 und 344 mit den dort gegebenen Erläuterungen maßgebend (vgl. über diese Formfrage näheres zu § 350).

Anm. 9. Unter diesen Voraussetzungen ist auch die mündliche Bürgschaft gültig. Hierfür genügt es auch, wenn die Bürgschaft dem Schuldner gegenüber erklärt, für den Gläubiger bestimmt und diesem ausgerichtet ist (RG. 31, 266).

Anm. 10. β) **Inhaltlich** ist für die Bürgschaftserklärung nicht etwa Ausdrücklichkeit der Erklärung vorgeschrieben (ROHG. 16, 412). Als genügende Bürgschaftserklärung kann es z. B. aufgefaßt werden, wenn gesagt wird: „Ich will dafür sorgen, daß die Schuld bezahlt oder daß die Sache abgemacht wird" (RG. 31, 266); zumal wenn der Gläubiger dadurch dem Hauptschuldner gegenüber zur Kreditierung (ROHG. 16, 412) oder nach Kreditierung zu irgendeiner Konzession bewogen wird (Bolze 8 Nr. 528; RG. 58, 200) z. B. zur Zurücknahme einer gerichtlichen Maßregel (RG. 31, 266). Eine genügende Bürgschaftserklärung erfordert die Bezeichnung der Hauptforderung nach ihrem Rechtsgrunde nicht, wenn nur sonst erhellt, auf welche Hauptforderung sie sich bezieht (ROHG. 6, 277; Bolze 19 Nr. 607); auch der Höhe nach braucht die Hauptforderung noch nicht ziffernmäßig festzustehen (§ 350 Anm. 4). Die Übernahme der Wechselbürgschaft (Giro, Aval) ist nicht zugleich die Übernahme der zivilrechtlichen Bürgschaft, der Girant oder Avalist ist nicht zugleich Garant; doch kann dies beabsichtigt sein (RG. 4, 10; Bolze 15 Nr. 254; RG. 40, 58; Staub WO. § 8 Art. 81). Wer eine solche weitergehende Absicht behauptet, hat dafür die Beweislast (RG. 4, 10). Diese Absicht ergibt sich nicht schon daraus, daß in dem Wechsel der Empfang eines Darlehns bescheinigt ist (JW. 92, 464[10]). Denn es ist damit nur

Digitized by Google

der Beweggrund zur Übernahme der Wechselverbindlichkeit bezeichnet. Die Verbürgung ist dagegen klar, wenn ein eigener Wechsel vom Aussteller ausdrücklich als Schuldner, von einem andern ausdrücklich als Bürge unterzeichnet und vom Remittenten angenommen ist (JW. 85, 282[4]; vgl. RG. 38, 251; Auslegungsgrundsätze § 350 Anm. 2). § 349.

3. **Umfang der Haftung des Bürgen.** Ist die Bürgschaft für eine gültige Hauptverbindlichkeit gültig übernommen, so haftet der Bürge. Der Umfang seiner Haftung bestimmt sich nach dem Bestande der Hauptverbindlichkeit. Es erlischt daher durch Novation die für die alte Schuld gestellte Bürgschaft auch ohne darauf gerichteten Willen der Beteiligten (JW. 03 Beil. 96[219]). Auch hierin zeigt sich der akzessorische Charakter der Bürgschaft (oben Anm. 2). In präziser Weise drückt dies § 767 BGB. dahin aus, daß für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist. Anm. 11.

a) **Die Haftung des Bürgen verändert sich, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners verändert wird,** insbesondere erstreckt sie sich auf die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung (das letztere ist wohl zu beachten), ferner aber auch auf Verzugs- und Prozeßzinsen, auch auf die bis zur Zahlung laufenden Vertragszinsen, denn diese gehören zum jeweiligen Bestande der Forderung, und auf Vertragsstrafen (vgl. § 1210 BGB.). Durch den Konkurs des Hauptschuldners wird die Bürgschaftsforderung nicht fällig; denn auch die Hauptforderung wird nicht fällig. Sie wird nur im Konkurs wie eine fällige behandelt (Jaeger § 65 Anm. 4; RG. 3, 356).

Dagegen wird die Verpflichtung des Bürgen durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, nicht erweitert, so z. B. wenn ein anderer Leistungsort oder ein früherer Leistungstermin vereinbart wird. Eine Erweiterung liegt nicht vor, wenn vom Verkäufer die gelieferte mangelhafte Maschine durch eine bessere ohne Preiserhöhung ersetzt wird (RG. 53, 357), oder bei Abschluß eines angemessenen Vergleichs, oder, wenn der Bürge infolge eines Rechtsgeschäfts des Hauptschuldners mit dem Gläubiger, das Recht, die Befriedigung einstweilen zu verweigern (§ 770 BGB.), verliert (JW. 06, 10[5]). Wohl aber wird durch ein solches selbständiges Rechtsgeschäft die Verpflichtung des Bürgen verringert, wenn die des Hauptschuldners verringert wird. Hier greift wiederum die Regel Platz, daß für die Verbindlichkeit des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist. So z. B. wenn der Gläubiger dem Hauptschuldner Stundung bewilligt hat. Der Bürge kann ohne seine Zustimmung nicht einmal von der dem Hauptschuldner bewilligten Stundung ausgeschlossen (RG. 56, 310), noch kann er durch Stundung schlechter gestellt werden (RG. 59, 229). Die im Stundungsfall weiter laufenden Zinsen treffen auch den Bürgen, soweit sie die Höhe der Verzugszinsen nicht übersteigen; denn in dieser Höhe würden sie den Bürgen auch ohne die Stundung treffen. Beim Bürgen auf Zeit liegt die Sache auch in dieser Hinsicht anders (unten Anm. 27, 28). Anm. 12.

Alles das gilt auch für den selbstschuldnerischen Bürgen. Insbesondere haftet auch dieser für die Kosten der Rechtsverfolgung des Hauptschuldners; denn der Gläubiger hat nur ein Recht, von der Vorausverfolgung des Hauptschuldners Abstand zu nehmen, nicht eine solche Verpflichtung dem Bürgen gegenüber. Anm. 13.

b) Daraus, daß der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit für das Maß der Haftung des Bürgen entscheidend ist, folgt nicht, daß der Bürge den Vorbehalt einer dem Schuldner zustehenden Vertragsstrafe nach § 341 Abs. 3 wirksam erklären könnte (§ 348 Anm. 19), wohl aber folgt daraus, daß der Bürge alle die Einreden erheben kann, welche dem Hauptschuldner zustehen. Ein Verzicht des Hauptschuldners schadet ihm nicht (§ 768 Abs. 2 BGB.); selbst nach rechtskräftiger Verurteilung des Hauptschuldners kann der Bürge dem Gläubiger den Bestand der Hauptschuld bestreiten und eine im Vorprozesse abgewiesene Einrede des Hauptschuldners, z. B. der Zahlung, geltend machen und zum Nachweis der erfolgten Zahlung die Vorlage der Bücher des Gläubigers nach § 810 BGB. begehren (RG. 56, 109; JW. 03 Beil. 141[211]). So kann dem Bürgen auch die Einrede der Verjährung nicht abgeschnitten Anm. 14.

Digitized by Google

§ 349. werden (RG. 8, 264; 34, 158). Das alles gilt auch für den selbstschuldnerischen Bürgen (unten Anm. 21).

Diese Regel erleidet jedoch mehrere Modifikationen:

Anm. 15. α) Stirbt der Hauptschuldner, so kann der Bürge nicht einwenden, daß der Erbe nur beschränkt haftet (§ 768 BGB.). Anders wenn sich der Bürge für eine Nachlaßschuld verbürgt, d. h. für eine Schuld, die z. B. der Bürgschaftsübernahme eine Nachlaßschuld war.

Anm. 16 β) Die Einrede der Aufrechnung. Eigene Gegenforderungen kann der Bürge natürlich zur Aufrechnung stellen (und zwar mit der Wirkung des Rechtsübergangs nach § 774 BGB., so daß der Hauptschuldner dem Gläubiger die Einrede mangelnder Aktivlegitimation entgegenhalten kann [RG. 53, 403; JW. 03 Beil. 56; ebenso Jaeger § 53 Anm. 9; Conrades im Recht 03, 308; dagegen Sievers ebenda 249]), nicht aber die Gegenforderungen des Hauptschuldners, es sei denn, daß dieser die Aufrechnung schon erklärt hätte, denn dann wäre die Hauptverbindlichkeit schon getilgt (RG. 59, 210). Wohl aber kann der Bürge „die Befriedigung verweigern, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Verbindlichkeit des Hauptschuldners befriedigen kann" (§ 770 BGB.). Über diese „Befriedigungsverweigerung" Anm. 10 § 129. Dieses Weigerungsrecht fällt weg, wenn der Hauptschuldner im Vergleichsweg auf seine Gegenforderung verzichtet hat; denn das Weigerungsrecht besteht eben nur, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann; eine nicht vollzogene Aufrechnung gehört auch nicht zu den Einreden, die der Bürge aus dem Recht des Hauptschuldners geltend machen könnte, noch liegt eine unzulässige Erweiterung der Verpflichtungen des Bürgen darin, daß eine bloß dilatorische Einrede durch ein Rechtsgeschäft des Hauptschuldners wieder verloren geht (RG. 62, 54; JW. 06, 11[8]). Die Grundsätze von Treu und Glauben können zu einem anderen Ergebnis führen, wenn es sich um Aufrechnung einer Schadensforderung aus demselben Rechtsgeschäft handelt. Ist ein dem Hauptschuldner eingeräumter offener Kredit nicht erschöpft, so kann er mit seinem ihm daraus erwachsenen Anspruch auf Abschluß eines Darlehnsrealvertrags wegen der Ungleichartigkeit gegen Wechselforderungen des Kreditgebers nicht aufrechnen (RG. 52, 303).

Anm. 17. γ) Die gleiche Befriedigungsverweigerung steht dem Bürgen zu, wenn und solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten (§ 770 BGB.; Anm. 9 § 129). Auf Verlangen des Hauptschuldners muß der Bürge mit der Zahlung einhalten, wenn er verständigerweise annehmen muß, er werde andernfalls dem Hauptschuldner Einwendungen entziehen (RG. 59, 210) z. B. wenn dem Hauptschuldner die exceptio doli generalis zur Seite steht (§ 346 Anm. 19; Exk. zu § 346 Anm. 9; vgl. JW. 04, 482[3]). Das Recht der Anfechtung hat aber nur der Hauptschuldner, nicht der Bürge.

Anm. 18. δ) Auf einen vom Hauptschuldner abgeschlossenen Zwangsvergleich kann sich der Bürge nicht berufen (§ 193 KO.). Nach rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsvergleichs kann der Bürge seine im Zwangsvergleichstermine abgegebene vorbehaltslose Bürgschaftserklärung nicht wegen Irrtums oder deshalb anfechten, weil der Zwangsvergleich mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nicht hätte bestätigt werden sollen (JW. 04, 298[28]); er hat nur die Restitutionsklage gegen die Feststellung der Konkursforderung in entsprechender Anwendung des § 580 CPO. (RG. 37, 386).

Anm. 19. c) Der Bürge hat daneben natürlich noch die Einwendungen, welche ihm persönlich gegen den Gläubiger zustehen, z. B. auch den Einwand der Aufrechnung mit einer eigenen Gegenforderung (oben Anm. 16); den Einwand des Erlasses, der Stundung der Bürgschaftsverbindlichkeit; der privativen Schuldübernahme (§ 418 BGB.); die Verweisung auf ein Pfand oder Zurückbehaltungsrecht (§ 777 CPO.) usw. Sehr häufig wird die Bürgschaft inhaltlich begrenzt, insbesondere dahin, daß man nur bis zu einem bestimmten Betrage haften will. Der Bürge haftet in solchem Falle für die ganze Schuld, jedoch nur bis zu einem bestimmten Betrage. Er wird von seiner Bürgschaftsschuld befreit,

Digitized by Google

wenn er diesen Betrag zahlt, aber nicht dadurch, daß der Schuldner ihn zahlt; denn dann haftet der Bürge immer noch für den unbezahlten Rest der Hauptschuld, da er ja, wenn auch nur bis zu einem bestimmten Betrage, für die ganze Schuld haftet. Zahlt ein solcher Bürge den ganzen Betrag, für welchen er haftet, erst nach der Konkurseröffnung, so kann der Gläubiger gleichwohl die ganze Hauptforderung im Konkurse des Gemeinschuldners anmelden (§ 68 KO.; RG. 9, 27 und 77; 14, 172; Bolze 11 Nr. 938), und neben ihm kann der Bürge seine Regreßforderung nicht anmelden (RG. 42, 35; JW. 00, 184[11]; 03, 245[28]; unten Anm. 39). Anders, wenn der Bürge vor der Konkurseröffnung zahlt; für den gezahlten Betrag ist der Gläubiger vom Konkurs ausgeschlossen, da er nur den bei der Konkurseröffnung noch ausstehenden Betrag anmelden kann (§§ 3, 68 KO.; JW. 97, 400[5]). Will sich der Gläubiger trotz der Zahlung des Bürgen volle Teilnahme am Konkurs sichern, so muß er dies in der Weise vereinbaren, daß er berechtigt sein soll, etwaige vom Bürgen bezahlte Beträge als Abtretung zu behandeln und nicht als Zahlung anzurechnen. Derartige Vereinbarungen finden sich in Bankkreditverträgen häufig; § 64 KO. steht nicht entgegen, da dieser eine vom Gemeinschuldner gestellte Sicherheit voraussetzt. § 349.

d) **Außerdem aber hat der Bürge regelmäßig noch den Einwand der Vorausklage,** deren Zulässigkeit sich nach dem für die Bürgschaftsübernahme, nicht nach dem für die Hauptobligation maßgebenden Recht beurteilt (RG. 9, 188). Der Bürge haftet regelmäßig nur subsidiär (§§ 771—773 BGB.). Anm. 20.

α) Der Gläubiger hat hiernach regelmäßig die Verpflichtung, zunächst gegen den Hauptschuldner vorzugehen. Dies muß geschehen durch Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Hauptschuldners an dessen Wohnsitz oder am Ort der gewerblichen Niederlassung; außerdem aber auch durch Geltendmachung der ihm an den beweglichen Sachen des Hauptschuldners zustehenden Pfand- und Sicherungsrechte. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und Geltendmachung von Sicherungsrechten, die dem Gläubiger an unbeweglichen Sachen zustehen, ist nicht nötig. (Der Einwand, der Hauptschuldner sei nachträglich wieder zu Vermögen gekommen, ist unbeachtlich.) Erst dann, wenn diese Vollstreckung ohne Erfolg geblieben ist, kann er den Bürgen in Anspruch nehmen. Doch gewährt ihm das Gesetz hierbei einige Erleichterungen und befreit ihn ganz davon, wenn die Erfolglosigkeit anzunehmen ist. Die hierher gehörigen §§ 772, 773 BGB. lauten:

§ 772. Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so muß die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte versucht werden.

Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen. Steht dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies nur, wenn beide Forderungen durch den Werth der Sache gedeckt werden.

§ 773. Eine Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen:
1. wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist;
4. wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

In den Fällen der Nr. 3, 4 ist die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat; die Vorschrift des § 772 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung.

β) Der Gläubiger hat überhaupt nicht die Verpflichtung, zunächst gegen den Hauptschuldner vorzugehen oder die Nutzlosigkeit dieses Versuchs zu beweisen, wenn der Bürge sich als Selbstschuldner verbürgt hat. Die selbst- Anm. 21

Digitized by Google

§ 349. schuldnerische Übernahme der Bürgschaft bedeutet eben den Verzicht auf die Vorausklage. Im übrigen bleibt sie eine Bürgschaft und behält insbesondere deren akzessorischen Charakter, so daß eine Abtretung der Forderung gegen den selbstschuldnerischen Bürgen ohne Abtretung der Hauptforderung nicht möglich ist (RG. 15, 281), auch der selbstschuldnerische Bürge in demselben Maße haftet, wie der Hauptschuldner (insbesondere auch für die Kosten der gegen den Hauptschuldner gerichteten Rechtsverfolgung, oben Anm. 13) und sich derselben Einwendungen bedienen kann, wie dieser (oben Anm. 14 ff.). Aber die Einrede der Vorausklage, die dem gewöhnlichen Bürgen zusteht, ist ihm versagt. Doch kann auch er die Zahlung von Herausgabe der Hauptschuldurkunde abhängig machen (JW. 86, 170[28]) und eine Mitteilung des Gläubigers verlangen, daß der Hauptschuldner nicht zahlt, und er als Bürge daher in Anspruch genommen werde; andernfalls hat der Bürge zur Klage keine Veranlassung gegeben (§ 93 CPO.). Der Wechselschuldner kann sich der Einrede der Vorausklage nur bedienen, wenn er nachweist, daß die Wechselform vereinbarungsgemäß keine Bedeutung haben sollte (RG. 48, 156).

Anm. 22. **Hier setzt unser § 348 HGB. ein. Er bestimmt, daß, wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage ihm nicht zusteht,** es sei denn, daß der Bürge nur Minderkaufmann wäre (§ 351). Anders ausgedrückt: Der Vollkaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Bürgschaft übernimmt, ist selbstschuldnerischer Bürge.

Anm. 23. Dafür, wann die Bürgschaft auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, bzw. wann die Übernahme einer Bürgschaft durch einen Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorliegt, ist maßgebend § 343 mit den dort auseinandergesetzten weitgehenden Anschauungen über die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe, ferner § 344 mit den dort aufgestellten beiden Vermutungen, auch § 5, und zwar hier in doppelter Hinsicht, einmal nach der Richtung, daß der Eingetragene nicht einwenden kann, sein Gewerbe sei kein Handelsgewerbe, und zweitens nach der Richtung, daß der Eingetragene nicht einwenden kann, sein Gewerbe sei kein Vollhandelsgewerbe. Dem Einwande gegenüber, der Eingetragene betreibe überhaupt kein Gewerbe, greift wiederum auch hier § 15 Platz.

Anm. 24. Wenn z. B. jemand, der überhaupt kein Gewerbe betreibt, dessen Firma aber noch eingetragen ist, sich verbürgt, so hat er den Einwand der Vorausklage nicht. Denn gegen ihn greift § 15 Platz, und seine Geschäfte gelten als Handelsgeschäfte, es sei denn, daß der Dritte wußte, daß der Bürge weder Kaufmann sei, noch als solcher gelten wolle. Oder: wenn ein ins Firmenregister eingetragener Minderkaufmann sich schriftlich verbürgt, so ist er selbstschuldnerischer Bürge; denn daß er nur Minderkaufmann ist, kann er wegen § 5 nicht einwenden, und wegen § 344 Abs. 2 wird die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe fingiert.

Anm. 25. Auch wer sonst im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, muß sich als Kaufmann behandeln lassen und kann, wenn er hierbei sich verbürgt, den Einwand der Vorausklage nicht erheben (Exk. zu § 5).

Anm. 26 Selbstverständlich ist, daß auch der Vollkaufmann sich die Einrede der Vorausklage ausbedingen und nur mit dieser Maßgabe die Bürgschaft übernehmen kann. Das muß dann aber besonders geschehen. Wird dem Gläubiger nur für den Fall Zahlung versprochen, daß er den Schuldner vergeblich ausgeklagt hat oder nur für den Fall des Unvermögens des Hauptschuldners oder nur für den Ausfall, den er erleidet (z. B. durch die Erklärung „ich garantiere Ihnen, daß Sie an X. nichts verlieren, ich kenne ihn zu genau"), so wird durch eine solche Schadlos- oder Ausfallsbürgschaft das Schuldverhältnis von vornherein dadurch bedingt, daß die Ausklagung des Hauptschuldners keine volle Befriedigung bringt. Ist diese Ausklagung nicht unmöglich, so muß der Gläubiger seinen Verlust ziffernmäßig nachweisen, auch die Erledigung des Konkurses des Hauptschuldners abwarten (ROHG. 13, 175; Dresden ZHR. 40, 485; Hahn Art. 281 § 9(. Die Ausfallbürgschaft ist deshalb kein Garantievertrag, wie Cosack I § 158 VII 2 annimmt, sondern eine der Schriftform bedürftige Bürgschaftsart (Dernburg II 2 § 288 VI).

Digitized by Google

γ) **Besonderes gilt für die Bürgschaft auf bestimmte Zeit** (§ 777 BGB.). Hier hat der Gläubiger die Verpflichtung, die Einziehung der Forderung unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung gemäß § 772 BGB. zu betreiben (wozu, wenn die Forderung zur Zeit noch nicht fällig ist, die Pflicht zur Herbeiführung der Fälligkeit gehört), das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortzusetzen und unverzüglich nach Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme. Versäumt der Gläubiger eine dieser Verpflichtungen, so wird der Bürge frei. Erfüllt er sie, so bleibt der Bürge verhaftet und zwar in dem Umfange, den die Verbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens hatte. Eine Befristung im Sinne des § 777 BGB. kann aus den Umständen und aus Handelsgebräuchen sich ergeben. **§ 349.** Anm. 27

Hat der Bürge die Haftung auf bestimmte Zeit selbstschuldnerisch übernommen, so hat der Gläubiger die Verpflichtung, dem Bürgen unverzüglich nach Ablauf der bestimmten Zeit (diese letzteren Worte stehen zwar nicht da, aber dies ist gemeint, P. II 485) die Anzeige zu machen, daß er ihn in Anspruch nehme. Unterläßt der Gläubiger diese Anzeige, so wird der Bürge frei. Macht er die Anzeige, so haftet der Bürge, und zwar in dem Umfange, den die Verbindlichkeit beim Ablauf der Bürgschaftszeit hatte. Eine Verpflichtung, den Hauptschuldner nunmehr in Anspruch zu nehmen, besteht auch jetzt nicht. Diese Sachlage wird keine andere dadurch, daß der Gläubiger vor Ablauf der Zeit die Anzeige macht; denn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners kann bis zum letzten Augenblick sich ändern durch Zahlung, Erlaß usw. Die Anzeige soll dem Bürgen nur zu wissen tun, daß der Gläubiger von seinem Recht Gebrauch machen werde, also dem Bürgen die Kontrolle ermöglichen. Anm. 28.

In beiden Fällen besteht keine Verpflichtung des Gläubigers, den Bürgen auch nunmehr wirklich sofort gerichtlich in Anspruch zu nehmen. Vielmehr haftet der Bürge, und er hat es ja in der Hand, seiner Haftung durch Erfüllung ein Ziel zu setzen. Gibt der Bürge seine Zustimmung, daß der Gläubiger noch einige Zeit stunde, so gibt der Bürge seine Rechte aus der zeitlichen Begrenzung überhaupt auf, wenn er nicht gleich oder später einen Endtermin setzt (JW. 03 Beil. 115[252]). Anm. 29.

Diese Regeln gelten nicht, wenn die Bürgschaft für eine erst in Zukunft zu begründende Hauptschuld übernommen ist. Vielmehr ist hier durch freie Auslegung zu ermitteln, in welcher Absicht der Bürge seine Haftung zeitlich begrenzt hat (M. II 681). Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Bürge nur für die innerhalb dieser Zeit begründeten Verbindlichkeiten haften wollte (RG. 63, 11); dagegen ist die Verbürgung für einen Mehrkredit nicht zu beziehen auf die vom Gläubiger bereits diskontierten, später im Regreßweg zurückkommenden Wechsel des Hauptschuldners, sondern auf einen weiteren neuen Kredit (RG. 9, 179). Anm. 30.

Ist eine Kreditbürgschaft auf unbestimmte Zeit übernommen, so haftet der Bürge je nach Vertragsinhalt unbeschränkt oder bis zur Höhe der Kreditzusage für den jeweiligen, dem Gläubiger geschuldeten Betrag. Die Bürgschaft erlischt nicht, wenn zeitweilig die Schuld des Hauptschuldners getilgt sein sollte. Der Gläubiger beendigt die Bürgschaft durch Geltendmachung seines Guthabens. Der Bürge seinerseits kann die Bürgschaft nach Verlauf eines den Umständen angemessenen Zeitraums aufkündigen (ROHG. 9, 184; 11, 4; 19, 110; vgl. RG. 4, 85). Beim Erfüllungsverzug richten sich die schuldigen Leistungen des Kreditbürgen nicht nach den lästigeren zwischen Gläubiger und Hauptschuldner vereinbarten Bedingungen, sondern nach den allgemeinen gesetzlichen Verzugsfolgen (ROHG. 24, 151). Der Kontokorrentbürge kann nicht einwenden, er habe durch Zahlung seine Schuld entrichtet, wenn er nicht gleichzeitig behaupten kann, er habe den Saldo bezahlt; noch kann er vorschützen, er hätte von weiteren Kreditgewährungen in Kenntnis gesetzt werden müssen; denn in der Verbürgung für eine Kontokorrentschuld oder für einen laufenden Kredit liegt begrifflich die Verbürgung für das Endergebnis (RG. 3, 351). Im einzelnen Fall kann die Sache auch anders liegen; wenn z. B. die Anm. 31.

Digitized by Google

§ 349. Bedingungen einer Kreditanstalt zum Bestandteil des Vertrags gemacht sind, und der Bürge sich auf Einhaltung dieser Bedingungen verlassen durfte, die Kreditanstalt aber entgegen diesen Bedingungen den Kredit dem Hauptschuldner verlängert und ihm trotz seines bedingungswidrigen Verhaltens den Kredit nicht kündigt, so kann dieses Benehmen der Kreditanstalt den Bürgen befreien, wenn die von der Kreditanstalt aufzuwendende Sorgfalt zur Haftung des Bürgen sich wie Leistung zur Gegenleistung verhält (ROHG. 9, 184; RG. 3, 350).

Anm. 32. 4. **Hat der Gläubiger gegenüber dem Bürgen eine Verpflichtung zur Beobachtung einer Diligenz in bezug auf die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner?** Die Frage muß im allgemeinen verneint werden. Nur dem Bürgen auf Zeit gegenüber ist der Gläubiger verpflichtet, die Forderung unverzüglich beizutreiben (oben Anm. 27). Daraus folgt, daß im übrigen der Gläubiger diese Verpflichtung nicht hat. Die Verpflichtung des selbstschuldnerischen Bürgen ist ja fällig mit der Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit. Der Bürge kann nunmehr seiner Haftung ein Ziel setzen durch Erfüllung. Der gewöhnliche Bürge aber hat zwar den Einwand, daß erst dann gegen ihn vorgegangen werden kann, wenn gegen den Hauptschuldner vergeblich vorgegangen ist. Aber eine Verpflichtung, in bestimmter Zeit gegen diesen vorzugehen, hat der Gläubiger nicht, außer in dem Falle der Verbürgung auf bestimmte Zeit. Das geht aus § 777 BGB. per arg. e contr. deutlich hervor (so auch Dernburg II 2 § 290 III; Planck § 776 Anm. 2; anders Marcus im Recht 02, 456, der aus § 242 BGB. den Gläubiger für jede Fahrlässigkeit in Verfolgung des Hauptschuldners dem Bürgen verantwortlich macht; ähnlich Neumann § 776 Anm. 1; dagegen Schneider, Treu und Glauben 226; anders das frühere Recht Windscheid § 478 Anm. 10, dagegen freilich RG. SeuffA. 42 Nr. 208; § 328, I 14, ALR.; § 1466 des Sächs. BGB.). Daraus folgt weiter, daß der Gläubiger dem Schuldner, für den keine Verbürgung auf bestimmte Zeit übernommen ist, auch durch Rechtsgeschäfte Nachsicht gewähren kann, ohne dadurch das Recht aus der Bürgschaft zu verlieren, etwa durch den Einwand, daß sich inzwischen die Verhältnisse des Hauptschuldners verschlimmert haben. Denn auch für derartige Verschlimmerungen haftet eben der Bürge, und der Gläubiger hat, abgesehen von dem Falle der Bürgschaft auf bestimmte Zeit, keine Verpflichtung, gegen den Hauptschuldner streng vorzugehen. Abs. 1 Satz 2 § 767 BGB. steht nicht entgegen. Muß der Bürge zufolge der Stundung höhere Leistungen machen als ohne diese, und war er auch mit dem Hinausschieben der Erfüllung nicht einverstanden, so werden diese erhöhten Leistungen von der Bürgschaft nicht erfaßt (oben Anm. 12). Waren die gesteigerten Leistungen jedoch lediglich Folgen des Verzugs oder einer vertraglichen Verschuldung des Hauptschuldners und hat der Schuldner hierüber mit dem Gläubiger einen Stundungsvertrag geschlossen, so kann der Bürge die Haftung nur ablehnen, wenn er nachweist, daß er bei Benachrichtigung die Stundung durch rechtzeitige Leistung überflüssig gemacht haben würde (RG. 59, 223; JW. 02, 151[10]). Wenn jedoch der Bürge mit dem Hauptschuldner kolludiert, wenn sie z. B. vereinbaren, daß von mehreren Verbindlichkeiten, von denen die eine durch Bürgschaft gesichert ist, gerade diese nicht bezahlt werden soll, sondern die ungesicherte, die später fällig ist, so erwächst dem Bürgen eine exc. doli generalis (§ 346 Anm. 19) wie in allen Fällen, in welchen gegen Treu und Glauben verstoßen wird (RG. 8, 261, 291). So hat auch der Gläubiger, wenn für die verbürgte Forderung zugleich ein Pfand an beweglichen Sachen gestellt ist, die erforderliche Sorgfalt für deren Aufbewahrung aufzuwenden und bei Entwertung oder Verlust zu beweisen, daß die Schädigung des Bürgen auch durch Aufwendung gehöriger Sorgfalt nicht verhütet worden wäre (JW. 05, 720[11]).

Anm. 33. Gibt der Gläubiger Vorzugs- oder Sicherungsrechte (Hypothek, Pfandrecht, Mitbürgschaft) auf, so wird auch dadurch der Bürge nicht ohne weiteres frei, sondern nur, soweit der Bürge aus dem aufgegebenen Rechte seinerseits hätte Ersatz erlangen können. Die Rechte des Gläubigers gehen nämlich auf den zahlenden Bürgen über (§ 774 BGB.; unten Anm. 38). Daher darf der Gläubiger auch nicht Nebenrechte aufgeben, die ihm nach Übernahme der Bürgschaft gestellt wurden; dabei kann man nicht den Umstand entscheiden lassen, daß die übrig

Digitized by Google

gebliebenen Sicherheiten zur Befriedigung des Bürgen noch ausreichen. Das Prinzip des § 776 BGB. ebenso wie das des § 1165 BGB. beruht darauf, daß der Bürgschaftsvertrag nur mit Rücksicht auf die vorhandenen und späteren Sicherheiten abgeschlossen ist, daß der Gläubiger, der auf eine Sicherheit verzichtet, diesen Vertrag verletzt und dafür einzustehen hat; nicht aber beruht die gesetzliche Vorschrift auf einer Schadenszufügung oder auf Verstoß gegen eine Diligenzpflicht. Hieraus folgt, daß der Bürge nur das Aufgeben der Sicherheit, nicht aber noch weiter zu beweisen hat, daß und inwieweit der Gläubiger aus der aufgegebenen Sicherheit Befriedigung hätte erlangen können; vielmehr ist es Sache des Gläubigers nachzuweisen, daß das Aufgegebene keinen Wert hatte (Crome § 298 Anm. 23; vgl. RG. 3, 346). Der Wortlaut des § 776 BGB. steht dieser Verteilung der Beweislast nicht entgegen, wie Engelmann in Staudinger § 776 Anm. 2c meint. Aus dem Gesagten folgt weiter, daß der Wert des Aufgegebenen zur Zeit des Verzichts über den Schadensbetrag entscheidet. Dabei ist zu beachten, daß unter Aufgeben von Verzugs- oder Sicherungsrechten in § 776 BGB. nur ein Verzicht verstanden ist, nicht also eine Stundung oder das Geschehenlassen einer Verschlechterung der Sicherheiten durch den Schuldner. Aus letzterem Verhalten erwächst dem Bürgen allerdings eine exc. doli, wenn diese Duldung eine absichtliche war zum Zweck der Schädigung des Bürgen (RG. 58, 428; JW. 05, 555; vgl. § 346 Anm. 19). **§ 349.**

Auf ganz anderem Gebiete liegt die Frage, ob der Bürge haftet, wenn die Entstehung der Hauptverbindlichkeit auf Vorsatz oder Versehen des Gläubigers zurückzuführen ist. Hier hat das RG. (29, 143) z. B. angenommen, daß der, welcher sich für einen Kassenbeamten verbürgt hat, nicht haftet, wenn dessen Kontrollierung, obgleich sie durch besondere Umstände geboten war, vom Gläubiger unterlassen ist; denn eine allgemeine Kontrollpflicht besteht nicht (JW. 93, 81[25]; RG. 29, 141). Dasselbe muß auch für das Recht des BGB. gelten. Hier ist noch die Analogie des § 254 BGB. ein unterstützendes Argument. Hierher gehört der in Anm. 31 a. E. erwähnte Fall; so wird z. B. der Bürge frei, wenn der Geschäftsherr seinen Reisenden dessen finanzielle Unzuverlässigkeit ihm bekannt war, trotzdem wieder mit Inkassovollmacht auf Reisen schickt, und der Reisende wiederum Kassenmanko hat (ROHG. 20, 48). Anm. 34.

5. **Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner.** Anm. 35.

a) **Der Bürge hat gegen den Hauptschuldner keinen allgemeinen Befreiungsanspruch.** Er kann nicht etwa vom Hauptschuldner ohne weiteres verlangen, daß dieser ihn befreie. Doch kann sich dies aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, auf Grund dessen er die Bürgschaft übernommen hat, ergeben, und das Gesetz gibt aus wichtigen Gründen dieses Recht dem Bürgen dann, wenn er zum Hauptschuldner im Verhältnis eines Beauftragten steht, sei es, daß er von vornherein beauftragt war, die Bürgschaft zu übernehmen, oder daß er die Bürgschaft als Geschäftsführer ohne Auftrag übernommen, aber wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner erlangt hat. Als solche wichtige Gründe gelten die Gefährdung des Regreßanspruchs durch wesentliche Verschlechterung der Verhältnisse des Schuldners außerhalb des Konkurses (§ 775 Nr. 1 BGB.; im Konkurse unten Anm. 44); die wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge seiner Wohnsitzverlegung und des dadurch bedingten Verlusts der Einrede der Vorausklage (§ 775 Nr. 2 BGB.; oben Anm. 20); ferner der Verzug des Hauptschuldners (§ 775 Nr. 3 BGB.), sowie des Bürgen vollstreckbare Verurteilung auf Klage des Gläubigers (§ 775 Nr. 4 BGB.). Der § 775 BGB. lautet:

> § 775. Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Uebernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen:
> 1. wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben;
> 2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;

Digitized by Google

§ 349. 3. wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist;
4. wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urtheil auf Erfüllung erwirkt hat.
Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 u. 2 ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig. Hier kann der Hauptschuldner den Befreiungsanspruch des Bürgen abwenden, indem er dem Bürgen Sicherheit dafür leistet, daß seine Befreiung bei Fälligkeit der Hauptschuld stattfindet (§ 775 Abs. 2). Seinen Befreiungsanspruch verliert der Bürge, wenn er dem Hauptschuldner gegenüber darauf verzichtet oder in Hinausschiebung der Fälligkeit willigt; Schriftform ist dazu nicht erforderlich. Dagegen wird der Bürge in seinen Rechten aus § 775 BGB. nicht verkürzt durch eine nur zwischen Hauptschuldner und Gläubiger vereinbarte Stundung (oben Anm. 12, 14) noch auch vergibt der Bürge sich dadurch etwas, daß er sich Sicherheit vom Hauptschuldner stellen läßt (falls nicht ein Verzichtswille aus den besonderen Umständen zu entnehmen ist; RG. 59, 13; JW. 04, 553[10]).

Anm. 36. Was hier vom Auftrage gesagt ist, muß auf die übrigen Geschäftsbesorgungsverträge (Werkvertrag und Dienstvertrag, wenn sie auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sind) ausgedehnt werden, obgleich § 675 BGB. diese Ausdehnung nicht ausdrücklich ausspricht. Denn nicht die Unentgeltlichkeit ist der Grund der Bestimmung, sondern die Übernahme der Bürgschaft als die Besorgung eines fremden Geschäfts. Die Vorschrift bezog sich auch ursprünglich (im ersten Entwurfe des BGB.) auf das Auftragsverhältnis, wie es damals konstruiert war, bei welchem nicht die Unentgeltlichkeit, sondern das Moment der Geschäftsbesorgung für Fremde das wesentliche Merkmal des Auftrages war.

Auch der selbstschuldnerische Bürge hat alle diese Rechte (RG. 8, 262).

Anm. 37. b) Im kaufmännischen Verkehr steht aber auch dem Bürgen ein **Widerrufsrecht** zu, wenn eine künftige Forderung, z. B. Kreditgewährung, Gegenstand der Verbürgung war und vor Begründung der Forderung, z. B. vor Ausführung der Kreditzusage, eine wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen des Versprechensempfängers eintritt; es wäre denn, daß auch diese Gefahr der Unsicherheit vom Bürgen übernommen worden wäre (ROHG. 23, 137). Dieser Grundsatz ergibt sich daraus, daß der Bürge die Kreditverbürgnng nicht zugesagt haben würde und nach dem Willen der Parteien (wie er in den kaufmännischen Anschauungen zum Ausdruck gelangt) für den Fall bestimmter Gefährdung vor der Forderungsbegründung auch nicht zusagen sollte (§§ 157, 242 BGB.; vgl. §§ 321, 610 BGB.).

Anm. 38 c) **Nach Befriedigung des Gläubigers** kann der Bürge **Regreß gegen den Hauptschuldner** nehmen.

α) Seine **Regreßansprüche** richten sich zunächst nach dem **Verhältnisse, welches zwischen ihm und dem Hauptschuldner** besteht. Hat er hiernach (z. B. weil er dem Hauptschuldner eine Schenkung machen wollte, oder dem Hauptschuldner aus besonderem Grund zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war, oder wenn die Hauptschuld im Interesse des Bürgen eingegangen worden ist) keine Regreßansprüche, so hat er auch keinen Rückgriff auf den Hauptschuldner (RG. 42, 38). Umgekehrt verleiht die infolge eines unentgeltlichen Auftragsverhältnisses übernommene Bürgschaft selbständige Ersatzansprüche gegen den Hauptschuldner als den Auftraggeber (§§ 662, 670 BGB.). Da der Bürge hier nicht auf Grund eines Eintritts in die Rechte des Gläubigers (§ 774 BGB.) Ersatz verlangt, kann ihm der Hauptschuldner auch nicht solche Einwendungen entgegenhalten, die den Übergang der Forderung des Gläubigers auf den Bürgen (wie z. B. die Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger) zur Voraussetzung haben; jedoch muß der Bürge hier wie auch sonst sein Verschulden vertreten, wenn er den Gläubiger befriedigte, obgleich er die Gegenforderung des Hauptschuldners kannte oder als Beauftragter hätte kennen müssen (§ 276 BGB.; vgl. RG. 59, 211). Dieselben Rechte verleiht die Verbürgung aus auftragloser Geschäftsführung (§§ 677 ff. BGB.; ROHG. 11, 4; RG. 1, 345).

Digitized by Google

β) Aber auch nach dem **Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger** richten sich die Regreßansprüche des ersteren. Hat sich der Bürge mit dem Gläubiger verglichen, oder ist dem Bürgen die Schuld vom Gläubiger erlassen, so kommt dies dem Hauptschuldner zugut; es wäre denn, daß der Gläubiger diese Vorteile nur dem Bürgen persönlich zuwenden wollte (RG. 9, 299). **§ 349.**

γ) **Anstatt seinen Regreßanspruch in dieser Weise zu begründen, kann der Bürge auch die Forderung des bezahlten Gläubigers gegen den Hauptschuldner geltend machen.** Denn diese geht auf den zahlenden Bürgen über (§ 774 BGB.) und zwar mit den Vorzugs- und Sicherungsrechten, mit welchen sie ausgestattet ist (§§ 776, 401 BGB.). Dieser gesetzliche Übergang vollzieht sich ohne weiteres (§ 412 BGB.), jedoch unter der Voraussetzung daß die Befriedigung des Gläubigers erfolgt, um in dessen Rechte einzutreten, so daß die Forderung des Gläubigers nicht erlöschen soll (RG. 3, 47). Diese Voraussetzung trifft zu, wenn der Bürge gegen Zahlung das Akzept vom Wechselgläubiger einlöst; er tritt in dessen Rechte ein (RG. 60, 193). Anm. 39.

Dieser Rechtsübergang ist nicht davon abhängig, daß die Bürgschaft im Einverständnis mit dem Hauptschuldner eingegangen wurde; er kommt ebensowohl dem selbstschuldnerischen Bürgen zustatten (SeuffA. 30 Nr. 30), wie dem Bürgen, der sich durch Pfandbestellung verbürgt hat und den Gläubiger sich aus dem Pfand befriedigen läßt (§§ 1225, 1247 BGB.; RG. 59, 208).

δ) **Mit der Forderung gehen auf den zahlenden Bürgen die für diese bestehenden Hypotheken, Pfandrechte und Bürgschaften über,** wenn solche auch erst nach Übernahme der Bürgschaft hinzugetreten sein sollten (§ 401 Abs. 1 BGB.); gegen einen Mitbürgen findet der Übergang nur nach Maßgabe des diesen treffenden Anteils statt (§ 774 Abs. 2, § 426 BGB.). Der Übergang erstreckt sich im allgemeinen auch auf **sonstige Nebenrechte** (Oertmann zu § 401 BGB.; Franke im Recht 02, 460; OLG. Naumburg in OLGR. 6, 84), nicht aber auf die Ansprüche des Gläubigers aus Gewährleistung für die Sicherheit der Forderung (RG. 60, 371; JW. 05, 338 [7]); diese bedürfen besonderer Abtretung. Zu den der Forderung folgenden Nebenrechten gehören die mit der Hauptforderung verbundenen, für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses wirksamen Vorzugsrechte (§§ 61, 62 KO.; § 10 ZVG.), mag auch der Konkurs über das Vermögen des Hauptschuldners noch nicht eröffnet sein (§ 401 Abs. 2 BGB.; RG. 55, 161). Daß das Gesetz in § 401 BGB. nicht den allgemeinen Übergang aller Nebenrechte ausgesprochen hat, hat seinen Grund darin, daß sonst Rechte, auf welche die Vorschrift nicht passen würde, wie z. B. das durch Versteigerungsbefugnis ausgezeichnete kaufmännische Zurückbehaltungsrecht als solche Nebenrechte aufgefaßt werden könnten (Prot. I 386). Danach ist es Auslegungsfrage, ob auch andere als die in § 401 BGB. besonders bezeichneten Nebenrechte zufolge ihres rechtlichen oder tatsächlichen Zusammenhangs mit der Hauptforderung auf den zahlenden Bürgen übergehen, z. B. der Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefs (§ 931 BGB.; RG. 54, 111). Von diesem Gesichtspunkt aus gehen die aus einem gegenseitigen Vertrag begründeten beiderseitigen Rechte und Pflichten auf den zahlenden Bürgen über (vgl. RG. 51, 170; JW. 02 Beil. 320 [95]), also auch die Anfechtungsansprüche (vgl. RG. 39, 14 ff.) und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung selbst dann, wenn er seinen Grund in der Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters hat (§ 17 KO.) und, die Befriedigung des Gläubigers nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners erfolgt ist (vgl. RG. 58, 11). **Zinsenansprüche** folgen dem Übergang der Hauptforderung. Hatte der Gläubiger 6 vom Hundert zu fordern, so hat der zahlende Bürge für die Zukunft nicht ohne weiteres auch 6 vom Hundert zu beanspruchen; hier kommt es auf sein Verhältnis zum Hauptschuldner oder zum Rückbürgen an, und ob sich daraus ein Zinsanspruch in solcher Höhe ergibt (RG. 61, 347; JW 05, 713 [1]). Anm. 40.

Ansprüche auf **Vertragsstrafen**, die zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers noch nicht verfallen sind, gehen auf den Bürgen über. Dasselbe gilt bei einer statt der Erfüllung

Digitized by Google

§ 349. zu leistenden Vertragsstrafe (§ 341 BGB.), auch wenn sie zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers bereits verfallen war. Dagegen geht der Anspruch auf eine neben der Erfüllung zu leistende Vertragsstrafe (§ 340 BGB.) nicht kraft Gesetzes über, wenn die Strafe zur Zeit der Zahlung bereits verwirkt war (§ 348 Anm. 33; so auch Planck § 401 Anm. 1).

Ob ein Zurückbehaltungsrecht, insbesondere das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht übergeht, hängt davon ab, ob bei dem Bürgen die zur Ausübung jener Rechte erforderlichen Voraussetzungen ebenfalls vorhanden sind und der Übergang durch den rechtlichen Zusammenhang notwendigerweise gewollt sein mußte (vgl. ROHG. 5, 306; 10, 162).

Alles dies gilt auch für den Bürgen, der sich durch Pfandbestellung verbürgt hat (§§ 1225, 1247 BGB.; vgl. RG. 59, 208).

Anm. 41. ε) Nur soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, findet dieser Legalübergang statt. Als Befriedigung gilt nicht bloß Zahlung, sondern jede Art der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, also ebensowohl datio in solutum, als eine begründete Hinterlegung nach §§ 268, 372, 376 BGB. (vgl. § 353 Anm. 10) und Aufrechnung. Auch der selbstschuldnerische Bürge kann seine Gegenforderung selbst gegen den Willen des Gläubigers und auch noch nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gläubigers zur Aufrechnung bringen (RG. 53, 403; oben Anm. 16). Hat eine Befriedigung nicht stattgefunden, so bedarf es der förmlichen Abtretung der Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner (so z. B. bei Abfindung, Erlaß; oben Anm. 38). Sind dem Gläubiger bei seiner Befriedigung Nebenrechte vorbehalten worden, die, wie z. B. das Pfandrecht, keine selbständige Existenz haben (§§ 1250, 1273 BGB.), so erlöschen sie (vgl. JW. 05, 428[6]; anscheinend noch weitergehend Isay IheringsJ. 48, 205).

Anm. 42. ζ) Weder dem Hauptschuldner noch dem Gläubiger darf diese Art des Rückgriffs zum Nachteil gereichen (§ 774 BGB.). Dem Schuldner nicht: deshalb hat der Hauptschuldner alle Einwendungen, die ihm aus dem Rechtsverhältnis mit dem Bürgen zustehen, sowie die, welche ihm gegen den seitherigen Gläubiger zustanden (§ 404 BGB.; RG. 59, 209); insbesondere gilt dies von der Aufrechnungseinrede, wenn der Bürge verständigerweise mit der Zahlung zurückhalten mußte (oben Anm. 38 u. 41). Dem Gläubiger nicht; deshalb darf der Bürge durch Geltendmachung der auf ihn übergegangenen Rechte den zum Teil befriedigten Gläubiger wegen seines Restes nicht weiter zurückdrängen, als es der Fall wäre, wenn sich sämtliche Rechte noch in der Hand des Gläubigers vereinigt befänden. Die Wirkung dieses Grundsatzes zeigt sich nicht nur im Konkurs (unten Anm. 44) und bei der Zwangsvollstreckung, sondern auch dann, wenn der Gläubiger für eine verbürgte und eine nicht verbürgte Forderung ein Pfandrecht hat, oder wenn für seine durch Pfandrecht gesicherte Forderung auch eine Teilbürgschaft besteht, oder wenn bei einer durch Pfand und Bürgschaft gesicherten Forderung der Bürge nur eine Teilzahlung leistet. In allen diesen Fällen würde der Gläubiger benachteiligt, wenn der Bürge mit dem Gläubiger in Konkurrenz zu treten vermöchte (s. RG. 3, 183).

Anm. 43. η) Der Gläubiger ist zufolge § 402 BGB. auf Grund dieses gesetzlichen Überganges der Rechte verpflichtet, dem Bürgen eine öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunde und alle zur Verfolgung nötigen Aufschlüsse zu erteilen, Beweismittel und Urkunden zu verschaffen.

Anm. 44 6. **Weitere Einzelfragen.**

a) **Über den Erfüllungsort bei der Bürgschaft** siehe im Ext. zu § 372.

b) **Im Konkurse des Hauptschuldners** hat der Bürge, der den Hauptgläubiger befriedigt hat, insoweit er dadurch den Gläubiger nicht benachteiligt, die Rechte eines Konkursgläubigers und kann daher seine Regreßforderung zum Konkurse des Hauptschuldners anmelden. Er kann es dann nicht, wenn er nur bis zu einem bestimmten Betrage haftet, denn in solchem Falle hat der Gläubiger trotz der Zahlung durch den Bürgen das Recht der Anmeldung der vollen Forderung und neben ihm kann der Bürge im Konkurse des Hauptschuldners als Gläubiger nicht auftreten (RG. 14, 172; 31, 84; oben Anm. 19). Das gilt auch dann,

Digitized by Google

wenn ein Teilbürge seinen Teil dem Gläubiger zahlt (RG. im Recht 05, 312) oder der Rückgriff auf einem selbständigen Rechtsgrund beruht, z. B. auf Wechsel, Schuldversprechen (RG. 32, 84; 37, 3; vgl. Boethke in Gruch. 48, 169). Auch vor der Bezahlung des Gläubigers kann der Bürge seinen Regreßanspruch im Konkurse geltend machen, aber nicht neben dem Hauptgläubiger (RG. 14, 172). Hat der Bürge erst nach der Konkurseröffnung bezahlt, so kann er, weil seine Regreßforderung eine von Anfang an nach § 54 Abs. 1 KO. bedingte war, diese im Konkurs des Hauptschuldners zur Aufrechnung verwenden; § 55 Abs. 1 Nr. 2 KO. steht nicht entgegen (RG. 37, 137; 58, 11). Hat der Gläubiger ungeachtet voller Befriedigung zum Konkurs des Hauptschuldners angemeldet und mangels Widerspruchs Feststellung nach § 145 Abs. 2 KO. erwirkt, so ist der Bürge dadurch nicht gehindert, die Feststellung seines Regreßanspruchs zur Tabelle zu betreiben; nur muß er sich nun die Beteiligung des Gläubigers an der Masse auf seine Rechnung gefallen lassen (RG. 58, 374). In den Fällen, in denen hiernach der Bürge seine Regreßforderung zum Konkurse nicht anmelden darf, geht er durch den Zwangsvergleich des Regreßanspruchs gegen den Hauptschuldner wegen des Betrages verlustig, den er über die Akkordquote hinaus an den Gläubiger zahlen muß (RG. 14, 172). Daher hat der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, gegen den Hauptschuldner den Rückgriff auch dann nur für die Zwangsvergleichsquote, wenn der Gläubiger nicht angemeldet hatte, und der Bürge seinen Anspruch auch darauf stützt, daß der Hauptschuldner ihn durch Betrug zur Verbürgung bestimmt hat, und dieser daher entschädigungspflichtig geworden ist (§ 193 KO.; JW. 06, 36[47], vgl. SeuffA. 41, 125 und RG. 9, 75). § 349.

c) **Im Konkurse des Bürgen** kann der Gläubiger seine volle Forderung anmelden, wie diese zur Zeit der Konkurseröffnung bestand, also unter Abzug der bis zu diesem Augenblick erlangten Befriedigung. Die nach Konkurseröffnung seitens des Hauptschuldners oder Mitverpflichteter erfolgten Zahlungen berühren Anmeldung und Feststellung seiner Forderung und die hiernach zu berechnende Konkursdividende nicht. Diese Zahlungen sind nur insofern von Bedeutung, als der Gläubiger im ganzen nicht mehr erhalten darf, als den Betrag seiner Forderung (RG. 2, 181). Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn dem Gläubiger für seine Forderung Pfänder bestellt worden sind; er kann nicht auf die Anmeldung des Ausfalls beschränkt werden (§ 68 KO.; RG. 59, 372). Ist auch über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet, so hat der Bürge nach § 773 Nr. 3 BGB. die Einrede der Vorausklage ebenso verloren, wie wenn er sich als Samtschuldner verbürgt hätte, oder wenn die Bürgschaft ein Handelsgeschäft wäre. Dem Gläubiger haften nun zwei Schuldner nebeneinander. In beiden Konkursen kann er seine volle Forderung anmelden. Ist der Gläubiger in einem Verfahren absonderungsberechtigt, also nur für den Ausfall Konkursgläubiger (§ 64 KO.), so muß er trotzdem in dem anderen Verfahren mit dem ganzen Betrag seiner Forderung zugelassen werden. Nur die Befriedigung seiner Gesamtforderung oder ein aus sonstigen Umständen sich ergebender Untergang seiner Forderung setzt die Grenze (RG. 52, 171). Andernfalls würde ein Gläubiger, der auf seine Forderung von 1000 nach der Konkurseröffnung von dritter Seite 500 erhalten hat, nur noch die Dividende auf den Rest von 500 bekommen; bei einer Dividende von 50% würde der Gläubiger danach 250 verlieren; so dagegen erhält er 50% von 1000 = 500 und wird unter Hinzunahme der Zahlung von 500 voll befriedigt. Keine der beiden Massen kann die von ihr auszuzahlende Dividende bei der andern als Konkursforderung anmelden (RG. 14, 172; 42, 35; JW. 00, 184[11]); es kann nur die exc. doli dem Gläubiger entgegengehalten werden, der mehr verlangt, als ihm gebührt (JW. 03, 245[25]). Anm. 45.

d) **Mehrere Mitbürgen** haften dem Gläubiger als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht durch einen gemeinschaftlichen Akt übernommen haben (§ 769 BGB.). Unter einander haften sie sich auf Ersatz des Gezahlten gemäß §§ 774 Abs. 2, 426 BGB. nach dem unter ihnen und nach dem zwischen ihnen und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnis. Hieraus ergeben sich folgende Grundsätze: Anm. 46.

Digitized by Google

§ 349. α) Bei Verbürgung für dieselbe Schuld in voller Höhe hat jeder Bürge für den von ihm bezahlten Teil im Zweifel einen Kopfteil zu verlangen, d. h. sie haften unter sich zu gleichen Anteilen. Haben sich mehrere Bürgen nicht für die Schuld in ihrer ganzen Höhe sondern für verschiedene Beträge derselben so verbürgt, daß jeder Bürge für den von ihm verbürgten Betrag dem Gläubiger als Samtschuldner haftet, so kann der zahlende Bürge seinen Rückgriff auf seine Mitbürgen nur insoweit nehmen, als diese Mitbürgen nicht mehr vom Gläubiger in Anspruch genommen werden können (ziffernmäßige Beispiele bei Schneider in Holdheim 15, 1). Auch für diesen Regreß kann die auf den zahlenden Bürgen übergegangene Forderung des Gläubigers benutzt werden (oben Anm. 39); jedoch kann der Gläubiger die Abtretung seiner Rechte ablehnen, wenn ihm aus derselben ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Nachteil droht, wie dies der Fall ist, wenn der Bürge die verbürgte Schuld nur teilweise zahlt (oben Anm. 42).

Wurde die Haftung in Wechselform übernommen, ohne daß dem Gläubiger gegenüber auch eine zivilrechtliche Verbürgung stattgefunden hatte, so regeln sich die Ansprüche der mehreren Wechselverpflichteten lediglich nach wechselrechtlichen Grundsätzen (RG. 10, 300; 48, 152); es kann daher aus dem Gesamtschuldverhältnis des Art. 81 WO. nicht ein solches nach § 426 BGB. und daraus eine zur Ausgleichung verpflichtende Mitbürgschaft nach § 774 Abs. 2 BGB. hergeleitet werden (JW. 03, 245[29]). Wohl aber kann sich eine solche Ausgleichungspflicht aus dem dem Wechsel zugrunde liegenden Geschäft ergeben (RG. 51, 69); auch die Art der Wechselzeichnung kann schon einen solchen Ausgleichungswillen enthalten (JW. 02, 59[15]).

Anm. 47. β) Eine gleichzeitige Verbürgung mehrerer Personen ist auch in der Weise möglich, daß die eine nur persönlich, die andere nur mit einem Pfand haftet. Die Pfandbestellung des Dritten gibt dem Gläubiger einen neuen außerhalb des ursprünglichen Schuldverhältnisses stehenden Schuldner mit nur dinglicher Verpflichtung. Da an sich durch Zahlung der persönliche Bürge in die Rechte des Gläubigers gegen Hauptschuldner, Pfandbesitzer und Mitbürgen eintritt (§§ 1250, 1273, 774, 401, 412 BGB.), ebenso wie der persönlich nicht haftende Verpfänder (Drittverpfänder) alle Rechte des Gläubigers gegen Hauptschuldner und Bürgen erlangt (§§ 1225, 774 Abs. 1 Satz 1, 401, 412 BGB.), so entsteht zwischen Bürgen und Drittverpfänder eine Interessenkollision. Diese Kollision wurde schon in der preußischen Rechtsprechung der Natur der Sache nach dahin aufgelöst, daß ein Übergang der Gläubigerrechte nur insoweit stattfindet, als zwischen Bürgen und Drittverpfänder eine Ausgleichungspflicht besteht (RG. 22, 331). Diese Auffassung ist auch die des BGB.; denn § 1225 BGB. beruft sich auf den ganzen § 774 BGB., also auch auf dessen Absatz 2, welcher die Haftung der Mitbürgen unter sich auf das Maß ihrer Ausgleichungspflicht beschränkt. Der Wert des Pfandes ist daher ohne Einfluß auf diese Ersatzpflicht. So auch im wesentlichen Planck § 1225 Anm. 2c; Breit in Gruch. 48, 283; Bendix ABürgR. 25, 84; Sellner Recht 04, 477; Cohn JW. 06, 410; (abweichend Strohal in DJZ. 03, 373 und ihm folgend Martinius DJZ. 04, 543; Kober § 1225 Erl. 2; Lippmann ThürBl. 51, 180, wonach der Bürge in die Rechte des befriedigten Gläubigers gegen den Drittverpfänder vollständig nach § 774 BGB. eintreten soll. Dieses Prinzip soll sich aus § 776 BGB. ergeben, wonach der Bürge in seinem Rückgriffsrecht nicht verkürzt werden dürfe).

Der Pfandgläubiger hat im Fall seiner Befriedigung die Pfandsache herauszugeben (§ 1223 Abs. 2 BGB.), soweit ihm nicht gegen den Hauptschuldner ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht zusteht. Das Pfandrecht erlischt durch Zahlung, soweit nicht der Eigentümer ein rechtliches Interesse am Fortbestehen des Pfandrechts hat (§ 1256 Abs. 2 BGB.).

Anm. 48. γ) Leistet ein zweiter Bürge (Nachbürge, Afterbürge, Überbürge) dem Gläubiger für den Fall Bürgschaft, daß weder der Schuldner noch der erste Bürge (Hauptbürge) zahle, so hat der Gläubiger gegen den Nachbürgen dieselben Rechte wie gegen den Hauptbürgen.

Digitized by Google

Zahlt der Nachbürge, so tritt er in die Rechte des Gläubigers ein sowohl gegen Schuldner als gegen Hauptbürgen; nicht aber tritt der Hauptbürge in die Rechte des Gläubigers gegen den Nachbürgen. Die Entlassung des Nachbürgen hat für den Hauptbürgen kein Interesse. Der Nachbürge hat die dem Hauptschuldner und die dem Hauptbürgen zustehenden Einreden, also auch die Einrede der Vorausklage nur dann, wenn sie dem Hauptbürgen zustand. Eine Nachbürgschaft ist aber auch in der Form möglich, daß der Nachbürge sich nicht für den Hauptschuldner, sondern nur für den Hauptbürgen verbürgt; alsdann hat der Gläubiger einen Hauptschuldner und zwei Bürgen. Der Nachbürge hat dagegen zu seinem Hauptschuldner lediglich den Hauptbürgen (ROHG. 4, 330). § 349.

δ) Die Rückbürgschaft ist eine vollkommen selbständige Bürgschaft; denn es wird von einem Dritten (dem Rückbürgen) nicht dem Gläubiger sondern dem Bürgen für dessen Ansprüche gegen den Hauptschuldner, also für die Regreßansprüche des Bürgen gutgestanden. Gläubiger ist der erste Bürge; der Rückbürge nimmt die Stellung des Bürgen ein. Der Hauptschuldner behält seine Stellung als Hauptschuldner auch für die Rückbürgschaft. Anm. 49.

ε) Ein Verzicht eines Mitbürgen auf ihm bestellte Sicherheiten schädigt seine Rückgriffsrechte nur insoweit, als der seinen Anteil zahlende andere Bürge in die aufgegebenen Rechte hätte eintreten können; es gelten dieselben Grundsätze wie in Anm. 33 oben. Daher kann ein Mitbürge unbeschadet seines Rückgriffs auf seine Mitverpflichteten, falls sich aus den Umständen nichts Gegenteiliges ergibt, die ihm nur persönlich vom Hauptschuldner gewährten Vorzugs- und Sicherheitsrechte aufgeben (JW. 05, 486 [3]). Anm. 50.

ζ) Die Änderung dieser Rückgriffsgrundsätze unterliegt freier, formloser Vereinbarung (JW. 06, 305 [10]). Anm. 51.

7. **Ein bürgschaftsähnliches Verhältnis ist der Kreditauftrag.** (Lit.: Rothenberg AZivPrax. 77, 323; Eccius Gruch. 46, 55; 48, 679; Lippmann JheringsJ. 48, 315; Weidemann GZH. 53, 429; Martinius Gruch. 49, 181; Foerster Kreditauftrag 03.) Unter Kreditauftrag versteht § 778 BGB. den einem andern erteilten Auftrag, einem Dritten unter eventueller Haftung des Auftraggebers in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Kredit zu geben. Der Kreditauftrag ist ein aus Auftrag und Bürgschaft zusammengesetztes Rechtsverhältnis in dem Sinn, daß der Auftraggeber, sobald der in verpflichtender Weise angenommene Auftrag (§§ 662 ff. BGB.) durch Kreditgewährung ausgeführt ist, dem beauftragten Kreditgeber wie ein Bürge haftet. Wegen der Berührungspunkte sowie der Unterschiede verwandter Rechtsinstitute wie Kreditbürgschaft und Schadlosbürgschaft oben Anm. 31, 26, Kreditempfehlung § 349 Anm. 15, Akkreditierung § 363 Anm. 10. Anm. 52.

a) Ein vom Beauftragten angenommenes, auf Kreditgewährung gerichtetes Auftragsverhältnis muß begründet worden sein (§ 662 BGB.; RG. 56, 135; JW. 04, 37 [3]). Eine bloße Ermächtigung zur Kreditgewährung genügt nicht. Die Annahme des Auftrags kann durch Ausführung des Auftrags stillschweigend erfolgen. Es gelten hier die Grundsätze über die Annahme von Vertragsanträgen (Exk. zu § 361). Bis zur Kreditgewährung beurteilt sich das Verhältnis im allgemeinen nach den Normen für den Auftrag; insbesondere kann der Auftraggeber bis dahin widerrufen und der Beauftragte kündigen (§ 671 BGB.). Daß der Kreditauftrag zugleich auch im Interesse des Kreditgebers abgeschlossen ist und letzterem Provisionsansprüche zustehen können, beeinträchtigt den Auftragscharakter nicht; denn beim Bankkredit erscheinen Provisionen häufig als Vergütung für die entbehrte Ausnützung der vorgestreckten Gelder, so daß sie den Charakter einer Zinsenvergütung gewinnen, wenn sie als fortlaufende Mindestprovision vereinbart sind (ROHG. 22, 409). Auch sind nicht alle Einzelbestimmungen der §§ 662 ff. BGB. auf den Kreditauftrag anwendbar. So kann der Kreditgeber nach Annahme des Auftrags gemäß kaufmännischer Anschauung keinen Vorschuß fordern (§ 669 BGB.), und erlischt der Kreditauftrag nicht durch Tod oder Konkurs des Beauftragten; auch kann der Beauftragte den Auftrag, wie dies im Handelsverkehr sehr häufig der Fall ist, durch einen andern ausführen lassen. Der Beauftragte muß für alles aufkommen, Anm. 53.

Digitized by Google

§ 349. was er im Widerspruch mit dem Sinn des Auftrags getan hat; daher darf er nicht entgegen dem vermutlichen Willen seines Auftraggebers Kredit gewähren, wenn sich die Verhältnisse des Kreditnehmers wesentlich verschlechtert haben (s. ROHG. 1, 70; 23, 139 u. §§ 321, 610 BGB.). Erfüllt der Beauftragte den Auftrag, so kann er vollen Ersatz für seine Aufwendungen von seinem Auftraggeber verlangen (§§ 670, 257 BGB.). Für die aus der Kreditgewährung dem Beauftragten gegenüber erwachsenen Verbindlichkeiten des Dritten dagegen haftet der Auftraggeber seinem Beauftragten kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 778 BGB. als Bürge und nicht nach den Regeln des Auftrags; so Staub in s. hinterlass. Papieren gegen 6./7. Aufl. Der Kreditauftrag unterliegt nicht der Schriftform (RG. 50, 160; 51, 122).

Anm. 54. b) Ein Auftragsverhältnis muß also vorliegen. Erfolgt auf die Anfrage eines Kaufmanns, ob die Bestellung eines Dritten auf Kredit ausgeführt werden könne, die Antwort des Angefragten, das Geschäft gehört mir, ich komme für alles auf, so enthält diese Antwort einen in eine Kreditempfehlung eingekleideten Kreditauftrag (RG. 50, 160; DJZ. 02, 168). Wird aber zum Zweck der Kreditverschaffung ein Schuldschein in blanco so ausgestellt, daß die Einsetzung des Namens des erst noch aufzufindenden Darlehnsgebers dem Kreditsuchenden überlassen wird, welch letzterer die Darlehnssumme alsdann für sich verwenden soll, so ist der Aussteller des Schuldscheins zwar der Kreditgeber; allein es fehlt der Auftrag, und der Aussteller haftet dem Darlehnsgläubiger unmittelbar aus dem Schuldschein. Dasselbe gilt, wenn der Aussteller des Schuldscheins sich darin als Schuldner eines nicht empfangenen Darlehns bekennt und den im Schuldschein benannten Darlehnsgläubiger ermächtigt, seine angebliche Darlehnsforderung durch Abtretung zu Geld zu machen. Hier ist der Darlehnsgläubiger der Kreditnehmer und der Darlehnsschuldner der Kreditgeber, welcher dem dritten Geldgeber unmittelbar haftet; er kann demselben nicht die Einrede des Scheins, der Aufrechnung, der Zurückbehaltung entgegensetzen, wie er es dem Kreditnehmer gegenüber tun könnte, wenn dieser als Darlehnsgläubiger auftreten wollte (§ 405 BGB.; RG. 60, 21; JW. 05, 137[13]).

Anm. 55. c) Der Auftrag muß auf Kreditgewährung gehen; also auf eine künftige Leistung. An diesem Erfordernis fehlt es, wenn für die Stundung des Gegenwerts bezüglich bereits gewährte Leistungen, also für Verlängerung der Kreditierung eingetreten wird, oder wenn jemand den Unternehmer eines bereits vergebenen Werks beauftragt, dasselbe nun für seine Rechnung zu vollenden (OLG. Marienwerder OLGR. 9, 13). In einem solchen Auftrag ist lediglich eine Verbürgung ausgesprochen. Dasselbe gilt, wenn für die zwar nicht gewährten, aber vertragsmäßig bereits feststehenden, künftig erst zu erfüllenden Leistungen eines Dritten gutgesagt wird (RG. 56, 130; JW. 04, 37[2]: der Beklagte hatte dem Kläger, der die Lieferung des zu einem Bau erforderlichen Holzes übernommen hatte, während des Baues versprochen, alles Holz, welches der Kläger einem Dritten zu einem Bau noch liefern werde, zu bezahlen). Überall, wo ein Dritter neben den ursprünglichen Schuldner als weiterer Schuldner unter samtverbindlicher Haftung tritt, also die Schuld als eine eigene übernimmt, wie z. B. beim const. debiti alieni (RG. 10, 187) liegt weder ein Kreditauftrag noch ein Schuldanerkenntnis noch ein abstraktes Schuldversprechen, sondern eine kumulative Schuldübernahme vor, welche auf derselben Stufe steht, wie die selbstschuldnerische Bürgschaft und daher der Schriftform bedarf; das BGB. kennt keine andere Form, in welcher ein Dritter — abgesehen von dem nachträglichen Eintritt in ein Rechtsverhältnis als Samtschuldner (§ 421 BGB.; JW. 05, 45[11]) — neben den ursprünglichen Schuldner in einen bestehenden Vertrag eintreten könnte (BayObLG. SeuffA. 60, 269). Daher hat RG. 51, 120; JW. 02 Beil. 221[74] mit Recht angenommen, daß ein Vater, der zur Verhütung der Bloßstellung seines Sohnes für dessen Schuld aufzukommen und sie zu zahlen versprochen hatte, sich als Selbstschuldner verbürgt habe (gegen dieses Urteil Martinius in Gruch. 49, 181; dort weitere Lit., darunter auch Staub; s. § 350 Anm. 10); dagegen kann ein Kreditauftrag in dem Gutsagen für eine aus einem Vertrag künftig erst entstehende Forderung liegen, wenn die Personen, welche als Gläubiger und Schuldner gedacht sind, sich noch nicht gebunden haben, oder diese Bindung nachträglich wieder weggefallen ist. So kann z. B. für einen Kontrahenten, der seine Leistung mit

Digitized by Google

Recht verweigert, ein an der Vertragserfüllung interessierter Dritter in Form eines Kredit- § 349.
auftrags intervenieren. Ist über eine bei einem Bankier eingezahlte Summe vom Einleger zugunsten eines Dritten verfügt worden, so handelt es sich nicht um einen Kreditauftrag, sondern um einen Zahlungsauftrag, der nicht mehr widerrufen werden kann, sobald der Dritte von der Sachlage benachrichtigt ist und die Annahme dem Bankier erklärt hat (RG. 45, 239).

d) Der Auftrag muß im Sinn einer eventuellen Haftung des Auftraggebers zu verstehen Anm. 56.
sein. Lautet der Auftrag dahin, einen nicht eingezahlten, also dem Auftraggeber zu kreditierenden Betrag zur Disposition eines Dritten zu halten, so will der Auftraggeber allein haften. Der Dritte soll nicht in Anspruch genommen werden. Ein solcher Auftrag enthält eine Anweisung, aber keinen Kreditauftrag (ROHG. 3, 13). Soll der Dritte aber als Hauptschuldner betrachtet werden, so nimmt der Kreditauftraggeber nur Bürgenstellung ein (weiteres Anm. 57).

e) Die bürgschaftliche Haftung ist die gesetzliche Folge des durch Kreditgewährung gehörig Anm. 57.
vollzogenen Auftrags. Nur die Haftungsgrundsätze der Bürgschaft sind für anwendbar erklärt. Daher gelten nicht die Grundsätze über die Entstehung der Bürgschaft; folglich besteht keine Formvorschrift. Es kommt nicht wie bei der Kreditbürgschaft auf eine gegenwärtige oder zukünftige Hauptverbindlichkeit und deren Bestand, also auch nicht auf die Geschäftsfähigkeit des Dritten an, dem der Kredit gewährt worden ist (vgl. RG. 50, 161; DJZ. 02, 168; dagegen Lippmann).

Diese Haftung läßt sich als eine Garantiehaftung mit Bürgschaftscharakter bezeichnen. Deshalb hat der Auftraggeber regelmäßig die Einrede der Vorausklage und ferner dieselben Einwendungen, wie sie dem Hauptschuldner zustehen mit dem Unterschied, daß es neben dem Auftragsvertrag nicht noch eine Hauptverbindlichkeit wie neben der Bürgschaft gibt. Die Einrede der Vorausklage geht dem Auftraggeber aus denselben Gründen verloren wie dem Bürgen. Der Auftraggeber tritt entsprechend § 774 BGB. als Bürge in die Rechte des von ihm befriedigten Beauftragten ein (OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 310; OLG. Breslau im Recht 05, 472[1850]).

f) **Der Kreditvertrag** d. h. die Vereinbarung, daß der Kreditgeber dem andern Vertragsteil Anm. 58.
(dem Kreditnehmer) nicht nur als Darlehnsgeber die unmittelbare Anschaffung von Geldmitteln verspricht, sondern noch weiter seinen Kredit zum Abschluß von Rechtsgeschäften, für welche der Kreditnehmer des Kredits (Bankkredits) bedarf, unter gewissen Bedingungen zur Verfügung stellt, ist ein selbständiger Vertrag und begründet unter den Vertragschließenden selbständige Rechte und Pflichten, obgleich der Kreditvertrag durch einen Kreditauftrag oder eine Akkreditierung veranlaßt, mit einem Kommissions- oder Inkassogeschäft, Depositengeschäft verbunden sein oder zugleich auch einen Krediteröffnungsvertrag im Sinne eines Kontokorrentvertrags (§ 355 Anm. 12) enthalten kann. Auf Darlehnsgewährung allein beschränkt sich der kaufmännische Kreditvertrag nur selten. Der Kreditgeber ist zur Gewährung des versprochenen Kredits in der vorgesehenen Weise z. B. durch Akzeptierung von Tratten, Lombardierung von Konnossementen und Policen, Auszahlung angewiesener Beträge (Bankanweisungsgeschäft) bis zum vereinbarten Höchstkredit verpflichtet. Der Kreditgeber ist bei wesentlicher Verschlechterung der Verhältnisse des Kreditgebers (ROHG. 23, 137), wie überhaupt im Falle ernstlicher Kreditgefährdung, z. B. bei Nichtstellen der vereinbarten Sicherheiten bei gedecktem Kredit, zu einseitigem Rücktritt berechtigt. In Ermangelung besonderer Zinsabrede darf im Bankverkehr als Übung davon ausgegangen werden, daß der Reichsbanklombardzinsfuß zugrunde gelegt und dazu ein angemessener Aufschlag gemacht wird (vgl. Sontag im Recht 02, 175; § 352 Anm. 8). Dieser Zuschlag erscheint häufig als prozentual berechnete Provision für Gewährung des Bankkredits und hat Zinsencharakter (ROHG. 22, 408). Der Kreditnehmer ist zur Ausnützung des Kredits nach Maßgabe seiner geschäftlichen Transaktionen verpflichtet; denn der Kreditgeber muß mit einem solchen Umsatz rechnen. Der Kreditnehmer kann allerdings durch kein Zwangsmittel zur Erfüllung dieser Pflicht angehalten

Digitized by Google

§ 349. werden; allein dem Kreditgeber steht im Fall einer solchen Unterlassung nicht nur der Rücktritt vom Vertrag zu, sondern er kann, falls er beim Vertrag beharrt, angemessene Provision für Gewährung des nicht benützten Kredits verlangen, auch wenn eine solche Provision nicht besonders vereinbart worden ist (dagegen Dernburg II 2 § 236 III).

Der Kreditvertrag beruht auf einem besonderen Vertrauen in die beiderseitige Kreditwürdigkeit und hat persönlichen Charakter. Daher können die Gläubiger des Kreditnehmers nur bestimmte Ansprüche aus abgeschlossenen Kreditgeschäften, nicht aber den Anspruch auf fernere Ausnützung des Kredits, d. h. das Recht auf Kredit an sich, pfänden (RG. 51, 119). Aus den Umständen kann sich z. B. bei einem Wechselkredit, der einem nicht seßhaften Ausländer gewährt wurde, als vereinbarter Erfüllungsort das Geschäftslokal des Bankiers ergeben (ROHG. 21, 290; § 355 Anm. 28). Kreditverträge werden nicht mit dem allgemeinen Vertragstempel, sondern als Schuldverschreibungen mit dem Höchstbetrag des möglichen Kredits besteuert, vorbehaltlich des Rückersatzes nach der wirklichen Inanspruchnahme des Kredits (JW. 02, 195[49]).

Der Kreditvertrag kann sich auch in Form eines Kreditbriefs verwirklichen, in welchem der Aussteller dem Adressaten (dem Akkreditierten) als Kreditnehmer einen Kredit bei Geschäftsfreunden zusagt oder noch weitergehend dem Adressaten die Ermächtigung gibt, sich dieses Kreditbriefes (Akkreditivs) bei Abschlüssen mit Dritten zu bedienen (Gareis, Lehrbuch § 67 Bem. 2). In letzterem Fall haftet dem gutgläubigen Dritten der Aussteller des Kreditbriefs selbst über das Limito, wenn dies nicht aus dem Kreditbrief zu ersehen war (ROHG. 22, 149).

Anm. 59. 9. **Ein anderes bürgschaftsähnliches Verhältnis ist die Delkrederehaftung** (§ 394).

Anm. 60. 10. **Noch ein anderes bürgschaftsähnliches Verhältnis ist der Garantievertrag** (Stammler ArchCivPrax. 69, 1 ff.; Unger JheringsJ. 33, 299). In einem allgemeinen Sinne versteht man darunter jede Erklärung, durch welche man schlechthin das Risiko einer geschäftlichen Transaktion übernimmt, z. B. wenn der Agent verspricht, dafür einzustehen, daß der Verkäufer die Ware auf Verlangen des Käufers wieder zurücknehme (RG. 20. 3. 94 in Puchelts Z. 25, 431) oder wenn dafür eingestanden wird, daß die von einem Dritten geschuldete Summe dessen Gläubiger pünktlich bezahlt werde. (Diese Garantie bindet, selbst wenn der Dritte seinem Gläubiger die Einrede der Minderjährigkeit entgegenhalten kann [RG. 61, 157].) Insbesondere aber wird dieser Ausdruck angewendet, wenn es sich um die Unterstützung eines geplanten Unternehmens handelt, z. B. um die Schaffung der Mittel für eine Ausstellung, oder um die Dividendengarantie einer Aktiengesellschaft. Der Garantievertrag wird abgeschlossen zwischen dem Garanten und dem zu unterstützenden Unternehmer. Nur wenn ausdrücklich zugunsten der Gläubiger oder sonst Beteiligter kontrahiert wird, können für diese Rechte entstehen. Der Garantievertrag ist formfrei (RG. 61, 157).

Anm. 61. Der Garant haftet auch für unvorhergesehenes Mißlingen und Zufälle, wohl aber kann er einwenden, daß der Unternehmer bei Ausführung des Unternehmens die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen habe (Oertmann § 676 Anm. 2d).

Über die Dividendengarantie s. insbesondere Anm. 4 § 215; ein interessantes Beispiel der Garantie eines Ausstellungsunternehmens in JW. 99, 211 (betr. den Prozeß des Komitees der Berliner Gewerbeausstellung v. 1896 gegen die Garantiefondszeichner).

Anm. 62. 11. Der **Kreditassekuranzvertrag** hat mit der Bürgschaft oder ähnlichen Kreditverträgen nichts gemein und gehört ausschließlich dem Versicherungsrecht an.

Anm. 63. **Zusatz. Übergangsfrage.** Für Bürgschaften, welche vor dem 1. Januar 1900 übernommen wurden, ist das frühere Recht maßgebend (Art. 170 EG. z. BGB.). Ist die Bürgschaft vor dem 1. Januar 1900, die Schuld erst nachher entstanden (z. B. bei Bürgschaft für eine künftige Schuld), so ist für die Bürgschaft das alte, für die Schuld das neue Recht maßgebend, und das gleiche gilt umgekehrt. Denn zum Inhalt und Umfang eines Schuldverhältnisses gehört auch der Umstand, daß eine Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern an dem Schuldverhältnis beteiligt sind, und welchen Einfluß dieser Umstand ausübt (JW. 03 Beil. 117[257]). Daher findet das alte Recht Anwendung auf eine Bürgschaft, welche für ein über 1. Januar 1900 verlängertes Darlehn

Digitized by Google

vor 1. Januar 1900 übernommen wurde (OLG. Kiel SchlHolstAnz. 04, 74). Auch das Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen sowie der Bürgen untereinander richtet sich nach demjenigen Recht, unter dessen Herrschaft dieses Verhältnis entstanden ist (JW. 05, 486[3]; OLG. Stuttgart im Recht 03, 314[1690]). § 349.

Exkurs zu § 349. Exk. zu § 349.

Rat, Empfehlung und Auskunft.

Lit.: Brunswig, Die vertragsmäßige Haftung des Ratgebers (ZHR. 56, 77); Sontag, Haftung für Auskunftserteilung (Holdheim 12, 141); hinsichtlich der Auskunftsbureaus insbes. Brückner im Recht 03, 245 u. 273; Lehmann, Die Rechtslage der kaufm. Auskunfteien (04, Diss.).

1. **Gesetzliche Vorschriften** über Rat und Empfehlung gibt das HGB. nicht und auch das BGB. enthält nur eine Vorschrift negativen Inhalts. Der § 676 BGB. lautet: Anm. 1.

> § 676. Wer einem Anderen einen Rath oder eine Empfehlung ertheilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältniß oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rathes oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.

2. **Rat, Empfehlung und Auskunft als Handelsgeschäfte.** Rat, Empfehlung und Auskunft interessieren hier nur, wenn und soweit sie Handelsgeschäfte sind (so daß die Haftung für eine in fahrlässiger Verletzung einer Amtspflicht erteilten Auskunft (JW. 05, 222[33]; Delius in DJZ. 04, 525) sowie die Ratserteilung durch einen Anwalt (RG. 52, 366; SeuffA. 60, 274; JW. 05, 138[16]; DJZ. 04, 1137) oder dessen Bureauvorsteher (JW. 06, 129; 332[7]) und ärztliche Ratserteilung (JW. 03, 79[29]) außer Betracht bleiben). In dieser Beziehung ist zu sagen: Anm. 2.

a) Handelsgrundgeschäfte nach § 1 Abs. 2 sind Rat, Empfehlung und Auskunft nicht. Keine der dort aufgeführten Geschäftsarten, deren regelmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe bildet, liegt vor. Die Inhaber der Auskunftsbureaus sind daher nicht Kaufleute kraft Gewerbes.

b) Handelsgrundgeschäfte nach § 2 können Rat und Empfehlung natürlich sein. Sie sind dies, wenn sie den Gegenstand eines gewerblichen Unternehmens bilden, welches nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In diesem Falle muß der Inhaber des gewerblichen Unternehmens seine Firma eintragen lassen und ist dann Kaufmann. In dieser Lage befinden sich die größeren Auskunftsbureaus seit 1. Januar 1900. Anm. 3.

c) Ist nun der Inhaber eines Gewerbes auf Grund des § 2 Kaufmann geworden, so sind die zu seinem Betriebe gehörigen Geschäfte Handelsgeschäfte (§ 343), und diese Zugehörigkeit wird nach § 344 sogar präsumiert, bei seinen Schuldscheinen sogar fingiert. Die von einem solchen Gewerbeinhaber erteilten Auskünfte fallen in ganz eminentem Sinne unter die Präsumtion des § 344 Abs. 1, nicht aber unter die Fiktion des § 344 Abs. 2; denn sie sind, auch wenn sie schriftlich erteilt werden, keine Schuldscheine. Anm. 4.

d) Außerdem aber sind die von jedem anderen Kaufmann, er mag es kraft Gewerbes nach § 1 sein oder kraft des Betriebes irgendeines Gewerbes und Eintragung nach § 2, gleichviel, welchen Gegenstand das Unternehmen hat, erteilten Ratschläge und Empfehlungen auf Grund des § 343 Handelsgeschäfte, wenn sie zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, und präsumtiv gehören sie zufolge des § 344 dazu. Das bezieht sich sowohl auf den entgeltlichen Rat (JW. 94, 591), als auch auf den unentgeltlichen Rat (RG. 20, 194). Denn auch dieser wird erfahrungsgemäß Geschäftsfreunden erteilt, um sich die Anwartschaft auf gleichartige Gegendienste zu sichern und dadurch das eigene Handelsgewerbe zu fördern. Aber es greift auch hier die Vorschrift des § 5 Platz: bei einem Gewerbetreibenden, dessen Firma eingetragen ist, kann von keiner Seite eingewendet werden, sein Gewerbe sei kein Handelsgewerbe. Er gilt also als Kaufmann, seine Geschäfte gelten als Handelsgeschäfte und zwar präsumtiv (§§ 343 f.). Die von einem solchen Gewerbetreibenden erteilten Ratschläge und Empfehlungen sind also präsumtiv Handelsgeschäfte. Nur dann sind sie es nicht, wenn Anm. 5.

Digitized by Google

Exk. zu § 349. bei der Erteilung die Nichtzugehörigkeit zum Gewerbebetriebe erkennbar war (Anm. 3 § 344). Endlich aber gilt auch derjenige als Kaufmann, der sich als Kaufmann im Rechtsverkehr geriert (Exk. zu § 5), und auch von dessen Ratschlägen, Empfehlungen und Auskünften gilt das oben Gesagte.

Anm. 6. 3. **Unter welcher Voraussetzung wird für Rat, Empfehlung und Auskunft gehaftet?** Hier müssen zwei Fälle unterschieden werden; der Fall, in dem Rat oder Empfehlung ohne Vertragsverhältnis und der Fall, in dem Rat oder Empfehlung innerhalb eines Vertragsverhältnisses erteilt wird:

a) **Der Fall, in dem der Rat oder die Empfehlung ohne Vertragsverhältnis erteilt wird.** Die Erteilung eines Rats oder einer Empfehlung ist an sich kein Vertragsverhältnis. Auch wenn die Erteilung auf Grund einer Anfrage erfolgt, liegt kein Vertrag vor. Denn Frage und Antwort sind an sich noch kein Vertrag. Das war schon früher angenommen worden (ROHG. 19, 196) und wird durch den § 676 BGB. (oben Anm. 1) bestätigt. Denn aus diesem geht hervor, daß die Ratserteilung allein noch kein Vertragsverhältnis begründen soll. Aber gleichzeitig geht aus diesem Paragraphen hervor, daß die Erteilung von Rat und Empfehlung noch keine unerlaubte Handlung ist. Selbst wenn der Ratende dabei ein Versehen begeht, liegt der Tatbestand des § 823 BGB. noch nicht vor. Denn in diesem Paragraphen ist keineswegs eine allgemeine Schadensersatzpflicht für Fahrlässigkeit festgesetzt und der § 676 BGB. hatte, wie die M. II, 534 hervorheben, gerade den Zweck, die „in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts noch nicht verschwundene Ansicht, es müsse auch für culpa, mindestens für culpa lata eingestanden werden, zurückzuweisen". Es wird daher nicht allgemein für fahrlässige Ratserteilung auf Schadensersatz gehaftet. Damit sind auch die im preußischen Recht bestehenden Haftungen für grobfahrlässige Empfehlung (Haftung des Sachverständigen § 219 I 13) und Haftung für ein schriftliches Zeugnis über die Bonität eines Kreditsuchenden (§ 212 I 14 ALR.) gefallen (Planck Anm. 2 § 676 BGB.; RG. 51, 92). [Die Haftung der Emittenten von Wertpapieren (oben § 203) für Unrichtigkeit und Unvollständigkeit ihrer Prospekte ist eine eigenartige (§§ 43—47 BörsGes.; RG. 46, 83)]. Daher haftet der Angestellte, der für sein Haus mit einem Dritten abschließt und sich dabei eine fahrlässige falsche Empfehlung zuschulden kommen läßt, nicht persönlich (RG. 6. 10. 02 in DJZ. 02, 581; Staub in DJZ. 03. 18).

Anm. 7. Für außervertraglichen Rat wird nur gehaftet, wenn die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung vorliegen. Ein doloser Rat enthält diese stets und begründet daher stets die Haftung auf Schadensersatz. Davon gehen auch die M. II 554 aus und mit Recht. Denn wenn der Rat auch vielleicht nicht die widerrechtliche Verletzung eines fremden Rechtes und auch nicht die Verletzung eines zum Schutze des Beratenen bestehenden Schutzgesetzes enthalten mag, so daß § 823 BGB. nicht Platz greift, so liegt jedenfalls der Tatbestand des § 826 BGB. (vorsätzliche Schadenszufügung durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung) vor (JW. 02 Beil. 276[219]). Werden in der Auskunft widerrechtlich und böswilligerweise den Kredit eines anderen gefährdende Behauptungen aufgestellt, so kommt es auf den Beweis der Wahrheit der Behauptungen nicht an, weil ein solches Verhalten gegen die guten Sitten verstößt (§ 826 BGB.; RG. 23. 11. 03 SeuffA. 59, 183).

Anm. 8. Arglistig, dolos, handelt dabei der, der etwas als seine Überzeugung hinstellt, von dessen Wahrheit er nicht überzeugt ist, auch wenn ihm nicht gerade die Unwahrheit bekannt ist (Bolze 20 Nr. 402). Arglistig handelt infolgedessen auch der, der eine Tatsache aus der Luft greift; denn von dieser kann er nicht überzeugt sein (Bolze 12 Nr. 384). Wenn auch zur Arglist weder grobe Fahrlässigkeit (JW. 03, 184[41]) noch auch ein Verhalten hinreicht, welches wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben eine exc. doli begründen würde, so ist doch auch anderseits die Absicht, zu schädigen, nicht erforderlich (ROHG. 9, 152), noch auch braucht der Zweck gerade auf eine Täuschung des Anfragenden gerichtet zu sein. Man ratet vielmehr schon dann dolos falsch, wenn man sich zwar nicht bewußt war, daß der Rat die schädigenden

Digitized by Google

Folgen, z. B. Kreditgewährung, haben werde, sondern wenn man sich auch nur der Möglichkeit bewußt war (RG. 23, 137; JW. 88, 385[8]; 02 Beil. 276[219] [dolus eventualis]; RG. 55, 214). Wer also eine Auskunft so gibt, als beruhe sie auf zuverlässiger Unterlage, während die Unterlage bewußterweise unsicher ist, oder wer, nachdem er sich einmal auf Erteilung einer Auskunft eingelassen hat und dabei einen wesentlichen Punkt in dem Bewußtsein verschweigt, es könne der Beratene durch die unvollständige Auskunft geschädigt werden, handelt schon dolos; ebenso wer bestimmte Angaben in positiver Form macht, obgleich er von deren Richtigkeit nicht positiv überzeugt ist (JW. 91, 285[29]; SeuffA. 46 Nr. 258). Das Verschweigen unwesentlicher Umstände, z. B. einer weit zurückliegenden unbedeutenden Bestrafung des Angefragten, begründet so wenig ein arglistiges Verhalten als ein gutgläubiger Verstoß gegen die Wahrheit; denn sobald das Bewußtsein von der Möglichkeit einer Schädigung fehlt, gebricht es an dem Vorsatz (vgl. JW. 03, 190[6]). Exk. zu § 349.

Auf einem ganz anderen Gebiet liegt es, wenn der Anfragende durch eine arglistige Auskunft, also durch absichtliche Irrtumserregung seitens des die Auskunft Erteilenden zur Eingehung eines Geschäfts *mit diesem* bestimmt wurde. Alsdann war die Rats- oder Auskunftserteilung kausal für den Geschäftsabschluß und macht dieses Geschäft anfechtbar nach §§ 119, 123 BGB. und kann Folgen nach § 823 BGB. nach sich ziehen; handelt es sich um eine Verpflichtung zur Auskunfts- oder Ratserteilung innerhalb eines bestehenden Vertrags, z. B. anläßlich eines Dienst- oder Auftragsverhältnisses, so greift die Vertragsklage Platz (vgl. RG. 42, 129). Es richtet sich in solchem Falle die Verantwortlichkeit überhaupt nach den Regeln des Hauptgeschäfts, also, wenn ein Kaufvertrag gegeben ist, nach den hierfür maßgebenden Grundsätzen über Sorgfaltspflicht (Bolze 9 Nr. 216; JW. 05, 502[25]). Dabei ist auch neben Wandelung die Schadensersatzklage wegen schuldhafter Vertragsverletzung zulässig (§ 276 BGB.).

Wegen der Haftung für den Dolus der Gehilfen s. unten Anm. 27 f.

b) **Der Fall, in dem der Rat oder die Empfehlung oder die Auskunft auf Grund eines Vertragsverhältnisses erteilt wird.** Das kann in verschiedener Weise geschehen: Anm. 9.

a) *So, daß der Rat oder die Empfehlung den Gegenstand eines eigenartigen selbständigen Vertrages bilden.* An einem solchen Vertrag fehlt es, wenn keine Geschäftsverbindung bestand und die Auskunft unentgeltlich gegeben wurde. Der Rat oder die Empfehlung oder die Auskunft werden aber im allgemeinen gegen Vergütung geleistet. Das sind die Geschäfte der Auskunftsbureaus. Ein solcher Vertrag ist ein Werkvertrag (§ 631 BGB.). Denn Gegenstand des Werkvertrages kann jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg sein. In Frage könnte noch der Dienstvertrag kommen. Allein es wird von den Auskunftsbureaus nicht die Ermittelungstätigkeit als solche verlangt, sondern das Ergebnis der Ermittelung (Endemann, Einführung § 174 Note 44; Planck Vorbm. II[2] zu § 631 BGB.; so auch KG. in KGBl. 01, 96). Hellwig (Verträge auf Leistung an Dritte 517) leugnet die Natur des Werkvertrags, weil die Tätigkeit der Auskunfteien nur in conditione, nicht in obligatione sei. Allein die Auskunftei, welche die Erteilung von Auskünften gegen Entgelt übernimmt, ist verpflichtet, Auskünfte zu erteilen. Man abonniert und verläßt sich darauf, daß Auskünfte nach eingeholter sorgfältiger Erkundigung erteilt werden. Ausnahmsweise kann allerdings auch einmal ein Dienstvertrag vorliegen; nämlich dann, wenn eine einzelne Dienstleistung, z. B. Auskunft über die Tatsache verlangt wird, ob eine Firma einer andern den Kredit gekündigt hat (Brückner 246).

Hat der Ratende oder Empfehlende oder Beauskunftende die Unrichtigkeit des Rats zu vertreten, so haftet er auf Schadensersatz (§§ 635, 276, 278 BGB.; wegen der Haftung für Gehilfen s. unten Anm. 27 f.). Der Beratene kann allerdings statt dessen auch Wandelung (Rückgängigmachung des Vertrags), z. B. bei Verzögerung oder Minderung (Herabsetzung der Vergütung) verlangen. Aber meist werden diese beiden Rechte nicht in Frage kommen, sondern nur der Anspruch auf Schadensersatz. Dabei wird die im § 634 BGB. vorgesehene Fristbestimmung zur Beseitigung des Mangels gemäß Abs. 2 dieses Paragraphen Anm. 10.

Digitized by Google

Erl. zu § 349. nicht erforderlich sein, weil, wenn durch die Befolgung des falschen Rats oder der falschen Empfehlung bereits ein Schaden entstanden ist, ein besonderes Interesse des Bestellers an der sofortigen Geltendmachung des Anspruchs vorliegt, auch der Mangel nicht mehr beseitigt werden kann. Bei wiederholt unrichtigen Auskünften wird eine positive Vertragsverletzung vorliegen, die zur sofortigen Lösung des Abonnements führt.

Anm. 11. Zu vertreten hat der Ratende oder Empfehlende seinen Rat oder seine Empfehlung, wenn **Vorsatz oder Fahrlässigkeit** vorliegt (§ 276 BGB.). Zur Fahrlässigkeit gehört, wenn der Ratende Kaufmann ist, die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 346 HGB.), wobei die Anforderungen nach den Umständen, auch nach der Höhe der Vergütung zu bemessen sind. Außerdem hat der Ratende oder Empfehlende auch die Versehen seiner Gehilfen zu vertreten (Anm. 27 f.). Im Fall des Dolus liegt aber auch unerlaubte Handlung vor, und der Geschädigte kann sich darauf stützen. Soll Auskunft in Rechtsangelegenheiten erteilt werden, so genügt der die Auskunft Erteilende seiner Pflicht, wenn er die ihm von einem Anwalt erteilte Auskunft gutgläubig weitergibt (JW. 97, 176). Der die Auskunft Erteilende muß seine Quellen, aus denen er schöpft, auf ihre Zuverlässigkeit prüfen, seine Berichte in Übereinstimmung halten mit seinen Erkundigungen (SeuffA. 45 Nr. 85; 50 Nr. 189; Brückner 248).

Anm. 12. *β*) **Der Rat oder die Empfehlung kann auch in untrennbarem Zusammenhange mit einem anderen Vertrage stehen.**

αα) Dies ist zunächst der Fall, wenn der **Kommissionär dem Kommittenten** hinsichtlich der Geschäfte, deren Ausführung dem Kommissionär aufgetragen werden soll, mit seinem Rate zur Seite steht, z. B. wenn ein Bankier seinem Kunden bestimmte spekulative Operationen anrät. Er ist hierbei als Kommissionär tätig und haftet für den erteilten Rat nach den Regeln des Kommissionsgeschäfts (RG. 19, 100). Wie aus der Erl. zu § 384 hervorgeht, haftet der Kommissionär dem Kommittenten für den hierbei erwachsenen Schaden.

Anm. 13. Ein solcher Zusammenhang liegt ferner vor, wenn das Vertragsverhältnis allgemeinerer Natur ist, indem es auf den Abschluß einer Reihe von noch unbestimmten Geschäften gerichtet ist, mit anderen Worten, **wenn der Rat oder die Empfehlung erteilt sind innerhalb einer bestehenden Geschäftsverbindung** (wegen des Begriffs der Geschäftsverbindung RG. 28, 322). Dies gilt insbesondere für den Bankier im Geschäftsverkehr mit seinen Kunden. Der Bankier hat im allgemeinen zwar nicht die Pflicht, ohne weiteres seinen Rat zu erteilen und die tatsächlichen Unterlagen zum Zweck der Beurteilung des Wertpapiers seinem Gegenkontrahenten anzugeben; es muß vielmehr der Käufer oder Verkäufer, wenn er den Bankier verantwortlich für Rat und Empfehlung machen will, diesen Rat verlangen und erkennen lassen, daß die alsdann zu erwartende Aufklärung für seine Entschließung von Bedeutung sein wird (JW. 03, 151[7]; 05, 502[35]). Bei einer bestehenden Geschäftsverbindung verhält es sich jedoch anders. Die Geschäftsverbindung geht nicht nur auf den Abschluß von Spekulationsgeschäften, sondern auch auf Erteilung von Ratschlägen. Ein im Verfolg einer solchen Geschäftsverbindung erteilter Rat ist als ein vertragsmäßiger aufzufassen (RG. 27, 124), woraus insbesondere die Haftung für Versehen und die Verjährung nach Maßgabe der für das Hauptgeschäft geltenden Verjährungsvorschriften folgt (Bolze 4 Nr. 646; JW. 05, 502[35]). Man kann diesen Vertrag mit Staub 6./7. Aufl. als einen Werkvertrag ansehen, bei welchem Wandlung und Minderung wegfällt (Anm. 10). Das Wesen der Sache wird aber wohl besser getroffen, wenn man diesen Vertrag als einen zusammengesetzten Vertrag betrachtet, so daß sich mit dem Kauf- oder Kommissionsgeschäft die Leistung von Diensten vermischt; der unkundige Laie nimmt zur Vorbereitung des Geschäfts mit dem sachkundigen Bankier dessen Rat als Nebendienst in Anspruch. Der Rat bildet so einen Teil des abzuschließenden Geschäfts. Das Entgelt für diese Dienstleistung kommt in den Vorteilen zum Ausdruck, welche der Bankier aus den einzelnen, von ihm beratenen Abschlüssen zieht; wesentlich durch seine Beratung schafft sich der Bankier einen Kundenkreis, der ihm wiederum den Betrieb seines Handelsgewerbes ermöglicht. Aus diesem Zusammen-

Digitized by Google

hang folgt, daß der Bankier die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach § 276 BGB. bei Rat und Empfehlung zu vertreten hat (RG. 19, 100; 42, 131; JW. 03, 151[7]; RG. 18. 10. 04 DJZ. 05, 169). Besonders scharf tritt diese Verantwortlichkeit in den Vordergrund, wenn der Bankkunde ein Privatmann ist, der eine sichere Kapitalanlage sucht, wozu auch Aktien gehören können (RG. 42, 131; JW. 03, 151[7]) oder, wenn die mit der Unergiebigkeit eines Unternehmens vertraute Bank einen Privaten oder Kaufmann, bei denen sie eine Kenntnis der Sachlage nicht voraussetzen hatte, durch unrichtige Anpreisungen der günstigen Aussichten zum Ankauf von Kuxen oder Aktien des Unternehmens bestimmt. Gehört die Ratserteilung zur Erfüllung eines bestehenden Vertrags, z. B. eines Dienstvertrags, so liegt in fahrlässiger Ratserteilung eine schuldhafte Vertragsverletzung (oben Anm. 8). Exk. zu § 349.

Ein selbständiger Vertrag auf Ratserteilung ist Werkvertrag, wenn lediglich objektiv richtiger Rat versprochen wurde, und Garantievertrag (§ 349 Anm. 60), wenn darüber hinaus auch noch für den Erfolg eingestanden wird (Brunswig 87; Oertmann § 676 Anm. 1a α). Andernfalls liegt Dienstvertrag vor; unterschiedslos wird ein solcher angenommen v. Düringer-Hachenburg II 230, III 353.

Ferner gehört hierher der Fall, wo periodische Zeitschriften in ihrem Programm ankündigen, sie wollen den Abonnenten Ratschläge über Börsentransaktionen oder medizinischen oder juristischen Inhalts erteilen. Der einzelne Rat ist dann ein auf Grund eines Werkvertrages erteilter Dienst. Die Vergütung liegt in dem Abonnementsbetrage; die Rechtsfolgen sind entsprechend, wie oben Anm. 10 auseinandergesetzt. Anm. 14.

Die Empfehlung kann sich ferner eng anschließen an einen Kreditauftrag nach § 778 BGB. (vgl. ROHG. 19, 198). Wer nicht bloß auf Anfrage oder ohne Anfrage einen Kreditsuchenden als kreditwürdig empfiehlt, sondern darüber hinaus auch noch den Auftrag erteilt, den Kredit zu gewähren, haftet aus dem Auftrage nach § 778 BGB. (Anm. 52ff. § 349). Zum Kreditauftrage gehört der animus obligandi; es muß ersichtlich sein, daß der Kreditgebende ein fremdes Geschäft, das des Empfehlenden, besorgen, in dessen Interesse handeln sollte, indem er Kredit gab. Ist dies der Fall, dann liegt ein Kreditauftrag vor; ein eigenes Interesse des Kreditgebers oder eine Provisionszusage benimmt dem Geschäft den Auftragscharakter nicht (RG. 56, 130; JW. 04, 37[3]); die Empfehlung ist ein integrierender Bestandteil des Auftrags, nur die Modalität, die Form, in welcher der Kreditauftrag erteilt wurde. Der Empfehlende haftet in diesem Falle, wie ein Bürge, weil er einen Kreditauftrag erteilt hat. Ob die Empfehlung an sich richtig oder, wenn sie unrichtig war, der Mangel von ihm zu vertreten ist, ist hierbei gleichgültig; er haftet aus dem Kreditauftrage, wie ein Bürge, aber auch nur wie ein Bürge, also mit dem Einwande der Vorausklage, soweit nicht auf Grund des bürgerlichen Rechts oder des § 349 HGB. eine selbstschuldnerische Haftung eintritt (Anm. 52ff. § 349). Anm. 15.

War der Rat ein doloser, so haftet auch der Kreditauftraggeber auf Grund der unerlaubten Handlung, nicht nur als Bürge. Denn der beim Vertragsabschlusse begangene Dolus stellt den Tatbestand einer unerlaubten Handlung dar (Anm. 26 Exk. zu § 58). Die Subsidiarität der Haftung fällt dann weg (unten Anm. 24). Dem Geschädigten steht in diesem Falle die Wahl zu zwischen dem Recht des Absendungsorts der betreffenden Mitteilung und dem Recht des Wohnorts des Empfängers der Mitteilung; denn an diesen beiden Orten ist die unerlaubte Handlung begangen (RG. 19, 382; 23, 305; 27, 418; 54, 205; Bolze 21 Nr. 10; RGSt. 10, 420; 11, 21; ElsLothZ. 01, 368; dagegen Dernburg I 1 § 40; Habicht § 18 II 2; Frank StrafgesB. § 3 IV). Anm. 16.

4. **Die Einzelheiten der Schadensersatzpflicht.** Sowohl bei Rat und Empfehlung auf Grund unerlaubten Handelns, als auch auf Grund der Verletzung eines Vertragsverhältnisses ist regelmäßige Rechtsfolge die Pflicht zum Ersatze des dem Beratenen erwachsenen Schadens, wie dies obige Ausführungen in Anm. 10 ergeben. Anm. 17.

Digitized by Google

Erk. zu § 349. Anm. 18.

Über diese Schadensersatzpflicht gilt nun folgendes:

a) Der ursächliche Zusammenhang zwischen Empfehlung und Schaden. Hier gilt zunächst das, was wir schon im § 347 Anm. 24ff. betont haben: daß die Empfehlung nicht die einzige und nicht die notwendige Ursache des Schadens zu sein braucht (RG. 13, 66). Die Feststellung der wirklich gemachten bestimmten Angaben oder der verschwiegenen Tatsachen und deren bestimmender Charakter ist zur Herstellung des Zusammenhangs unerläßlich (JW. 03, 151[7]). Bloße Beschönigungen oder bemäntelnde Redensarten sind davon wohl zu unterscheiden (JW. 06, 60[12]); sie verbinden zu nichts.

Im Verkehr zwischen Bankier und Kunden wird besonders wichtig die Frage: inwieweit ist der Kurs, sein Stand und sein Rückgang für die Berechnung des Schadens maßgebend.

Anm. 19.

Hier greift zunächst die Erwägung Platz, die in RGSt. 23, 435 angestellt ist. Danach ist der Kursstand dann nicht maßgeblich, wenn der Kunde das Papier zur dauernden Anlage, wegen der zu erwartenden Rentabilität, gekauft hat. Sein Schade besteht dann in der gegen seine berechtigten Erwartungen geringeren Ertragsfähigkeit. Wohl aber ist, wie ebenfalls das Reichsgericht erwägt, der Kursstand maßgeblich, wenn der Kunde das Papier als Spekulationspapier, als Handelsware, zum Zwecke der Weiterveräußerung erwerben wollte: es ist durch den Rat zum Ankauf kein Schade verursacht, wenn das erworbene Spekulationspapier zum Einkaufspreise oder gar mit Gewinn wiederverkäuflich war, selbst wenn in der Folgezeit der Kurs fiel. Wann Spekulationsabsicht, wann Anlageabsicht vorliegt, kann im Einzelfalle zweifelhaft sein. Anlageabsicht liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Kunde den Kredit des Bankiers in Anspruch genommen hat. Wer sein Geld anlegt, legt soviel an, als er bezahlen kann. Wer mehr Papiere kauft, als er bezahlen kann, spekuliert.

Anm. 20.

Freilich könnte es hiernach scheinen, als ob ein Bankier seinem spekulierenden Kunden so gut wie niemals für seinen Kursverlust hafte. Indessen ist dies doch immer dann der Fall, wenn der Bankier nicht nur den Ankauf empfahl und die Richtung der Spekulation dem Kunden überließ, sondern sein schuldhafter Rat auch geeignet war, für die Richtung, in welcher sich die Spekulation bewegen sollte, bestimmend zu sein und dies in Wirklichkeit gewesen ist (JW. 03, 151[7]). Der in der Folgezeit eingetretene Kursverlust ist dann zwar eine Folge der eigenen Entschließungen des Kunden, jedoch solcher Entschließungen, die durch den Rat des Bankiers beeinflußt waren; der Kursverlust stellt sich alsdann als ein widriger Erfolg des Rates dar, und soweit dies der Fall ist, haftet der Bankier. Z. B. der Bankier rät nicht nur zum Kauf, sondern gleichzeitig, oder in der Folgezeit, das Papier so lange zu behalten, bis es einen bestimmten Kurs erreichen oder wieder erreichen werde. Ein Bankier, welcher einem Kunden Aktien einer Neugründung als eine dauernde, unbedingt sichere Anlage in vielfacher Umschreibung empfohlen hatte, wurde in JW. 00, 567[8] für haftbar erklärt, weil ein Bankier in Zeiten steigender Entwicklung um so vorsichtiger zu Werke gehen muß, weil das Publikum in solchen Zeiten geneigt ist, bei seinen Anlagen die erforderliche Überlegung nicht obwalten zu lassen; ebenso haftet der Bankier, wenn ein Erfolg von der angeratenen Spekulation nur beim Vorhandensein genügender Betriebsmittel zu erwarten war, der die Kurse haltende Bankier aber das Fehlen derselben hätte erkennen müssen (RG. 16. 4. 04 DJZ. 04, 650).

Anm. 21. b) Darüber, daß der Schaden nicht voraussehbar zu sein braucht Anm. 26 § 347.

Anm 22. c) Über die Art, wie der Schaden zu ersetzen ist, gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 249, 250. Danach hat der Ersatzberechtigte ein Recht auf Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der falsche Rat nicht erteilt worden wäre. Ist z. B. infolge des falschen Rates ein Wertpapier angeschafft, welches den erwarteten Kurs nicht erreicht hat, so kann der Beratene den Ersatz seiner Auslagen nebst Zinsen verlangen, muß aber das Wertpapier zurückgeben. Ist auf Grund des Rates ein Kredit gewährt, so ist der kreditierte Betrag zu ersetzen (unten Anm. 24). Dem Geschädigten kann nicht entgegengehalten werden, daß der Schaden kein dauernder sei, daß er sich anderweitig z. B. durch Assekuranz gedeckt oder nur für fremde Rechnung abgeschlossen habe (RG. 27. 126; vgl.

Digitized by Google

§ 383 Anm. 20, 21; § 392 Anm. 1 u. 11). Eine Schadensersatzpflicht aus schuldhafter Vertragsverletzung (§ 276 BGB.) findet auch neben der Wandelung statt (RG. 52, 18). Erk. zu § 349.

Daß zum Ersatz des Schadens auch der entgangene Gewinn gehört, und was darunter zu verstehen ist, darüber s. Anm. 17ff. zu § 347.

d) Über die Folgen des konkurrierenden Versehens § 254 BGB. (Anm. 12 zu § 347). Anm. 23.
So darf ein Börsenmann das Gewagte eines Geschäfts, z. B. eines erst aufzuschließenden Bergwerks, nicht verkennen und daher grobe Unstimmigkeiten in den ihm übergebenen Unterlagen nicht übersehen (RG. in Holdheim 14, 107). Konkurrierendes Verschulden ist hier besonders die Benutzung der Auskunft nach längerer Zeit oder zur Gewährung eines allzu hohen Kredits. Der Geschädigte muß auch, sobald er die Begründetheit seiner Schadensansprüche und deren Umfang übersehen kann, dem Ersatzpflichtigen Anzeige machen; ein erhebliches Sinken des Kurses gebietet hierin Beschleunigung (RG. 46, 89).

5. **Die Frage, ob eine Vorausklage notwendig ist,** wird wichtig bei der Empfehlung von Kreditsuchenden. Anm. 24.
Die Frage ist zu verneinen. Ausgenommen ist der Fall, wo der Empfehlende wie ein Bürge haftet, nämlich beim Kreditauftrage, und auch hier fällt die Vorausklage weg, wenn gemäß § 349 oder aus sonstigem Grunde die Bürgschaft eine selbstschuldnerische ist. Es braucht jedoch der Ersatzverpflichtete Schadensersatz nur zu leisten gegen Abtretung der Ansprüche, welche dem Beratenen gegen den Kreditsuchenden zustehen (§ 255 BGB.). Indessen ist damit dem Berechtigten nicht verwehrt, einen Vergleich mit dem Schuldner zu schließen. Wenn dieser der Sachlage nicht widerspricht und dadurch nicht etwa ein konkurrierendes Versehen begründet wird, welches die Schadensersatzpflicht beeinflußt (Anm. 12 zu § 347), so besteht letztere trotz des Vergleichs ungeschmälert fort (ROHG. 19, 116).

6. **Wem wird gehaftet?** Anm. 25.

a) Jedenfalls dem, welchem der Rat oder die Empfehlung unmittelbar erteilt ist. Die Frage ist aber die, ob die Firma A, welche von der Firma B im Auftrag der Firma C, ohne daß dieses Auftragsverhältnis der Firma A mitgeteilt worden wäre, um Rat angegangen worden ist, der Firma C aus Ratserteilung haftet, mit welcher die Firma A in keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen getreten war. (Daß der Kommissionär und der mittelbare Stellvertreter den Schaden des Auftraggebers geltend machen kann [§ 383 Anm. 20, 21; § 392 Anm. 1 u. 11], hat mit dieser Frage nichts tun.) Das OLG. Hamburg (HansGerZ. 04 Hauptbl. 53) lehnt die Berücksichtigung des Dritten bei Auskünften über die Kreditwürdigkeit grundsätzlich ab; bei Empfehlungen und Ratschlägen möge es sich anders verhalten. Man wird jedoch davon auszugehen haben, daß, um den Fall arglistigen Handelns zunächst zu betrachten, auch dem Dritten gegenüber die Schadenszufügung eine vorsätzliche sein muß, wenn der Dritte Rechte geltend machen will; ob es sich um Auskunft, Rat oder Empfehlung handelt, kann keinen Unterschied machen. Wußte die Firma A, daß die Firma C die unrichtige Empfehlung benützen und danach handeln werde, so findet ein unmittelbarer Eingriff in die Rechtssphären des Dritten, das ist der Firma C, statt. Dieser Eingriff bedingt die Haftung der Firma A wegen Verstoßes gegen die guten Sitten dem Dritten gegenüber nach § 826 BGB. Seine entgegengesetzte Ansicht hat Staub in seinen hinterlassenen Papieren und auch in § 383 Anm. 21 aufgegeben. Daß der Empfehlende sich hat sagen müssen, der Empfänger werde die Empfehlung oder Auskunft auch zur Kenntnis anderer bringen, genügt zur Anwendung des § 826 BGB. nicht (JW. 03 Beil. 142[313]; so auch ROHG. 19, 196). War die Empfehlung jedoch dazu bestimmt, anderen mitgeteilt zu werden und war der arglistig Handelnde sich der Möglichkeit bewußt, d. h. rechnete er damit, daß er durch sein Verhalten Dritten Schaden zufügen werde, den sie ohne seine Arglist nicht erleiden würden, so ist wiederum der Fall des § 826 BGB. gegeben; die bevorstehende Täuschung war eine wenigstens bedingt gewollte (RG. 23, 137; RG. 8. 10. 04 Holdheim 05, 166; RGSt. 24, 255; 36, 64). Zur Haftung aus fahrlässiger Empfehlung einem Dritten gegenüber bedarf es eines Verstoßes gegen vertraglich übernommene Pflichten; mit der Firma C steht in obigem Beispiel die Firma A in keiner Rechtsbeziehung und haftet dieser nicht bei fahr-

Digitized by Google

Exk. zu § 349. lässig unrichtiger Empfehlung, wenn die Firma B nicht namens der Firma C aufgetreten ist. Die Entscheidungen RG. 52, 365 (dagegen mit Unrecht Laband DJZ. 03, 262 und Oertmann § 676) und RG. SchlHolstAnz. 04, 305 betreffen nur anwaltschaftliche Verhältnisse.

Anm. 26. b) Eine weitere Frage ist es, ob auch der „Angefragte", d. h. der Dritte, über dessen Verhältnisse die Erkundigung und die Empfehlung oder Auskunft lautet, einen Schadensersatzanspruch hat, wenn die über ihn gegebene Auskunft falsch abgegeben ist. Die Frage ist wie folgt zu beantworten: Bei wissentlich falscher Auskunft kann Verletzung des § 187 StGB. vorliegen, wobei für § 193 StGB. selten Raum gegeben ist (RG. 9, 361) und § 823 Abs. 2 BGB. Platz greift (Exk. zu § 346 Anm. 39ff.). Es können auch die §§ 6 u. 7 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vorliegen (Aufstellung kreditschädigender Behauptungen zum Zwecke des Wettbewerbes oder wider besseres Wissen), wobei § 7 ein Handeln zu Wettbewerbszwecken nicht verlangt (RG. 53, 401; Brückner 274) und § 6 Abs. 1 ausscheidet, wenn der Mitteilende oder der Empfänger nach Abs. 2 an der Mitteilung ein berechtigtes Interesse hatte (§ 193 StGB.). Endlich aber kann § 824 BGB. vorliegen, wonach der, der der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, dem anderen den daraus entstandenen Schaden auch dann zu ersetzen hat, wenn er die Unwahrheit nicht kennt, aber kennen muß (d. h. aus Fahrlässigkeit, infolge Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bzw. der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht kannte). Allein wenn nur der Tatbestand des § 824 BGB. vorliegt, so fällt die Schadensersatzpflicht nach § 824 Abs. 2 fort, wenn die Tatsache nicht wider besseres Wissen behauptet ist und der Behauptende oder der Empfänger an der Empfehlung ein berechtigtes Interesse hat. Durch diesen § 824 Abs. 2 ist besonders den Auskunftsbureaus ein Schutz gewährt. Diese können wegen bloß fahrlässig irriger Auskünfte von dem Angefragten nicht in Anspruch genommen werden, auch wenn letzteren dadurch ein Schaden erwachsen ist. Denn an solcher Mitteilung hat der Empfänger ein berechtigtes Interesse, jedenfalls dürfen die Auskunfterteiler ein solches voraussetzen, und letzteres wird zur Anwendung des Absatzes genügen müssen. Außerdem kommt § 826 BGB. zur Anwendung im Fall einer vorsätzlichen, illoyalen, gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungsweise (Exk. zu § 346 Anm. 41). Ob und in welchem Umfang im einzelnen Fall § 6 Abs. 1 WettbewGes. und § 824 Abs. 1 BGB. Platz greifen, hängt mit der Auffassung zusammen, welcher Einfluß berechtigten Interessen zugestanden ist, und was unter berechtigten Interessen verstanden wird.

Anm. 27. c) **Berechtigte Interessen**, deren Wahrung die Straflosigkeit nach § 193 StGB. sichert und den § 823 Abs. 2 BGB. ausschaltet, stehen nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 6 Abs. 2 WettbewGes., sowohl der dort in Abs. 1 zugelassenen Schadens- als der Unterlassungsklage entgegen (JW. 98, 579[27]; 99, 53[66]), verleihen aber im Fall der Kreditschädigung (§ 824 Abs. 1 BGB.) nur Schutz gegen die Schadensklage durch Beseitigung eines Verschuldens (RG. 57, 242; JW. 05, 174[15]). Dagegen bleibt immer noch ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in fremdes Rechtsgut übrig. Daher hat der Verletzte das Recht, die Unterlassung der schädigenden Handlung zu verlangen, wenn eine Wiederholung der Behauptung zu besorgen ist (§§ 12, 1004, 862 BGB.; RG. 56, 277; 60, 6; 61, 369; 48, 114, wo § 826 BGB. ins Auge gefaßt wird; JW. 99, 749[26]; 01, 349; 05, 140[19]). Diese Besorgnis ist gegeben, wenn aus dem Verhalten des Behauptenden, z. B. durch sein Erbieten des Wahrheitsbeweises ein Eingriff für die Zukunft zu befürchten steht. Selbst die Zurücknahme eines Zirkulars, das bestimmte kreditschädigende Tatsachen aufstellt, läßt sich von dem Verletzten auf diesem Weg erzwingen (RG. 53, 171; 56, 286; JW. 05, 20[19]), obgleich der Widerruf beleidigender Äußerungen im allgemeinen nicht im Zivilrechtsweg durchgesetzt werden kann (RG. 60, 19; JW. 05, 135[9]; Exk. zu § 346 Anm. 40).

Anm. 28. d) Der Begriff berechtigter Interessen läßt sich in eine für alle Fälle passende Formel nicht fassen. Es kommt darauf an einerseits, daß die Auskunft nicht wider besseres

Digitized by Google

Wissen, auch nicht in schlimmer Absicht, noch auch gedankenlos erteilt worden ist und außer- Exk. zu
halb des Wettbewerbs liegt (RG. 10. 10. 02 Recht 02, 593 Nr. 2753; JW. 04, 156[35]); § 349.
anderseits, daß bei verständiger Beurteilung aller Umstände ein der Billigung würdiger Zweck in geeigneterweise verfolgt wird (RGSt. 29, 147; 30, 41). Es muß also dem Mitteilenden die Unwahrheit seiner Mitteilung unbekannt gewesen sein (JW. 04, 203[14]); ein Konkurrenzinteresse, das Interesse, Provision zu verdienen oder einem andern dessen Kunden abspenstig zu machen, fällt nicht unter den Schutz des Gesetzes (JW. 99, 66[53]; 04, 185[36]); wohl aber ist das Interesse ein berechtigtes, den Kundenstand sich zu bewahren, wenn die Angriffe in der dazu nötigen Form zurückgewiesen werden (JW. 01, 124[19]; RG. 59, 2). Wer eine Auskunft nachsucht, um danach seine geschäftlichen Beziehungen zu regeln, und wer eine solche Auskunft nach bestem Wissen erteilt, haftet nicht, wenn die ungünstige Auskunft einen andern schädigt und nicht erweislich wahr ist. Vornehmlich trifft dies zu bei Auskünften, welche auf Grund bestehender Geschäftsverbindung oder einer besonderen Vertragspflicht wie von Auskunfteien und Schutzverbänden gegeben werden (RG. 27, 119; RGSt. 25, 363; JW. 98, 121[23]). Auch die Wahrnehmung fremder Interessen genießt den Schutz berechtigter Interessen, wenn der Handelnde zu deren Wahrnehmung berufen war, oder die Angelegenheit ihn selbst näher anging, als das bloße Wettbewerbsinteresse reicht (RG. 51, 378; RGSt. 26, 76); so z. B., wenn ein Auskunftsbureau im Interesse seiner Kunden gutgläubig einem faulen Schuldner die Aufnahme in eine Liste böswilliger Schuldner androht (RGSt. 37, 104; vgl. RG. 54, 255; Gruch. 47, 837; JW. 03, 69). Äußerungen in der Presse genießen keinen weitergehenden Schutz als Privatpersonen zusteht (RGSt. 23, 422; 24, 233, 304; Olshausen zu § 193 Anm. 3 u. RG. 50, 108). Hat aber eine Zeitung die Aufgabe, gewisse Gewerbetreibende über schwer zu ermittelnde Verhältnisse des Auslandsmarktes zu orientieren, oder ist sie Organ eines Vereins, der sich die Vertretung der Interessen eines Handels- oder Industriezweigs zum Ziel gesteckt hat, so genießen ihre Fachartikel den Schutz berechtigter Interessen (RG. 4. 3. 04 Recht 04, 227[1111], Warnung vor einem Auslandstrust). Bei Versendung von Rundschreiben, in denen mittels Schleuderpreisen bewirkten Preisunterbieten entgegengetreten wird, gilt dasselbe (RG. 58, 277, 285).

e. Zur Wahrnehmung fremder Interessen ist jeder Angestellte des Geschäftsherrn berufen. Anm. 28a.
Der Reisende, der in berechtigtem guten Glauben die Mitteilung, eine Konkurrenzfirma sei „pleite", weitergibt, ist zu entschuldigen, wenn der Empfänger der Mitteilung dadurch vor ernstlichem Nachteil geschützt werden wollte, mag auch zugleich für den Geschäftsherrn des Mitteilenden ein Vorteil erstrebt worden sein (JW. 98, 579[27]; RG. Recht 02, 593[2753]). Bestand das Motiv einer der Konkurrenz nachteiligen Mitteilung vornehmlich darin, einen Kunden abwendig zu machen, so kann ein berechtigtes Interesse nicht daraus hergeleitet werden, daß durch die nicht erweislich wahre Mitteilung, die Konkurrenzfirma habe die Patente des Geschäftsherrn verletzt, zugleich die eigenen Patente vor Ausbeutung geschützt und der Empfänger der Mitteilung vor Unannehmlichkeiten bewahrt werden sollte; es wäre denn, daß zu der letzteren Warnung ein besonderer Grund, z. B. Geschäftsverbindung, Angehen um Auskunft, ein berechtigtes Interesse des Empfängers darzutun vermöchte.

Ein nur vermeintlich berechtigtes Interesse genügt wohl zur Hintanhaltung der Anm. 28b.
Strafbarkeit und der Folgen des § 823 Abs. 2 BGB.; nicht aber zur Beseitigung der Verantwortlichkeit aus § 824 BGB. (RG. 51, 379); nicht entgegen steht JW. 05, 140[19].

7. **Für wessen Handlungen wird gehaftet?** Es mag hierbei daran erinnert werden, daß die Anm. 29.
Vereine oder juristischen Personen (auch die Aktiengesellschaften und die Aktien-Kommanditgesellschaften, welche letzteren wir ja als juristische Personen ansehen) für die Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter haften, also auch für falschen Rat und falsche Empfehlungen, die diese in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter erteilen, und zwar sowohl bei vertraglichem Rate, als bei außervertraglichem (Anm. 34 Exk. zu § 58; Anm. 37 § 232; Anm. 75 § 320; Exk. zu § 346 Anm. 43; RG. 27, 118). Das gleiche gilt betreffs Haftung der o. H. G. und der einfachen Kommanditgesellschaft für die Rechtshandlungen ihrer vertretungsbefugten

Digitized by Google

Exk. zu § 349. offenen Gesellschafter, also auch von den durch diese namens der Gesellschaft erteilten Ratschlägen und Empfehlungen, sowohl vertraglichen wie außervertraglichen (Anm. 4 § 126, Anm. 2 § 170; RG. 20, 190). Daß Rat und Empfehlung zum Handelsbetriebe gehören oben Anm. 5.

Hervorzuheben ist als Ausnahme obigen Grundsatzes, daß nach der herrschenden Meinung die Aktiengesellschaft nicht haftet, wenn jemand durch wissentliche falsche Empfehlungen oder sonstiges schuldhaftes Verhalten des Vorstands oder eines sonstigen Gesellschaftsorgans veranlaßt worden ist, Aktien der Gesellschaft zu zeichnen, von einem Dritten zu erwerben oder seine Aktien nicht zu verkaufen, weil der Aktionär den durch seine Beteiligung an der Gesellschaft erwachsenden Schaden nicht von seiner eigenen Gesellschaft ersetzt verlangen kann (RG. 54, 128; JW. 03, 183[39]; OLG. Dresden SeuffA. 60, 407; Staub in Holdheim 10, 133; Sievers DJZ. 03, 88) und zwar selbst dann nicht, wenn die Gesellschaft als Kommissionär gehandelt hat (JW. 06, 32[42]); dagegen Lehmann in Holdheim 12, 195 f. oben § 232 Anm. 43; vgl. jedoch § 213 Anm. 4). Es sind dieselben Gründe maßgebend, welche die Zeichnungserklärung anläßlich der Gründung (ROHG. 20, 270; RG. 9, 36; 19, 126), bei der Kapitalserhöhung (RG. 4. 6. 02 DJZ. 02 Beil. 435) sowie die Ausübung von Bezugsrechten (RG. 54, 128) der Anfechtung wegen Irrtums und Betrugs entziehen (näheres § 232 Anm. 43). Dieselben Grundsätze sind auch angewendet auf die durch falsche Vorspiegelungen des Vorstands oder von Gesellschaftsbeamten bewirkte Verleitung zum Eintritt in eine Aktienkommanditgesellschaft oder G. m. b. H. (ROHG. 5, 415; 20, 270; RG. 9, 37; 19, 124; JW. 99, 306[16], und in eine Genossenschaft (RG. 45, 106); [allerdings anders RG. 24, 146; 36, 105]. Die persönliche Haftbarkeit derjenigen Organe, denen eine unerlaubte Handlung zuzurechnen ist, wird jedoch dadurch nicht beseitigt (RG. 28, 238; 51, 93; JW. 92, 62; Exk. zu § 58 Anm. 33; § 232 Anm. 46).

Anm. 30. Wird der Rat oder die Empfehlung nicht von gesetzlichen Vertretern, sondern von Hilfspersonen erteilt, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze, die in Anm. 26ff. Exk. zu § 58 u. § 347 Anm. 4 u. 13 auseinandergesetzt sind, und die, wie dort dargestellt, verschieden sind, je nachdem es sich um einen außervertraglichen oder um einen vertraglichen Rat handelt.

Anm. 31. 8. **Für die Verjährung** ist wieder entscheidend, ob vertragsmäßige oder vertragslose Empfehlung vorliegt. In letzterem Falle tritt die Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen ein (RG. 27, 124), d. h. die Frist von drei Jahren seit Kenntnis des Schadens und des Schadenstifters, von dreißig Jahren ohne diese Kenntnis (§ 852 BGB.).

Anm. 32. Bei vertragsmäßiger Empfehlung aber kommt es auf die Verjährungsfristen an, die für das betreffende Vertragsverhältnis in Frage kommen (oben Anm. 8, 9, 13). RG. I. ZS. 8. 10. 04 (Holdheim 14, 187) hat in einem Falle, in dem der verkaufende Bankier den Ankauf von Aktien, die wegen Unergiebigkeit des Unternehmens wertlos waren, fahrlässigerweise empfohlen hatte, zwar die Empfehlung als Teil des Kaufvertrags betrachtet, der wie dieser zu beurteilen sei aber ausgesprochen, daß nicht die Grundsätze über schuldhafte Vertragserfüllung (schuldhafte Lieferung einer mangelhaften Sache mit der sechsmonatlichen Verjährung des § 477 BGB.) Platz greifen, da die Fahrlässigkeit beim Abschluß begangen worden, und es sich nicht um die Eigenschaft einer Sache im Sinne des § 459 BGB. handle (hierüber § 381 Anm. 1ff.).

Wenn nach Anm. 9 u. 13 oben ein Werkvertrag vorliegt, so gilt die sechsmonatliche Verjährung des § 638 BGB., die ihren Lauf mit Empfang der Mitteilung beginnt. Diese kurze Verjährung bezieht sich nicht auf den Fall, daß die vertragsmäßige Empfehlung durch arglistiges Verschweigen erfolgt, wie § 638 BGB. ausdrücklich sagt. In diesem Fall tritt ebenso wie im Fall arglistiger Täuschung die 30jährige Verjährung ein.

Anm. 33. 9. **Der Ausschluß der Haftung** kann erfolgen durch Vereinbarung mit dem Anfragenden. Zu solchem Ausschluß besteht eine leicht erklärliche Neigung auf seiten des Empfehlenden und dem die Auskunft Erteilenden. Der Handelsverkehr gebraucht dabei die Worte: „Ohne Obligo" oder „Ohne Präjudiz".

Digitized by Google

Handelt es sich um einen vertraglichen Rat, so ist zu bemerken: Exk. zu

a) Die Haftung für eigenen Vorsatz kann überhaupt nicht ausgeschlossen werden, wohl aber § 349.
die Haftung für Vorsatz der Gehilfen und gesetzlichen Vertreter, die Haftung für Fahrlässigkeit, Anm. 34.
auch für eigene und grobe, kann ausgeschlossen werden (§§ 276, 278 BGB.; § 347 Anm. 28). Die Haftung wird nun, soweit hiernach zulässig, durch die obengedachten oder ähnliche einseitige Zusätze ausgeschlossen, wenn solcher Zusatz gemacht wird, ehe ein Vertragsverhältnis über Erteilung des Rats zustandegekommen war. Daher schließt der gelegentlich gegen Vergütung Angefragte seine Haftung, soweit zulässig, aus, wenn er den Rat mit jenem Zusatze erteilt. Das gilt auch für Personen, die in Geschäftsverbindung stehen, obwohl bei diesen die Geschäftsverbindung als Vertragsverhältnis gilt (oben Anm. 13). Denn wenn auch die Geschäftsverbindung die Möglichkeit von Ratserteilungen in sich schließt, so ist es doch noch rechtzeitig, wenn der um Auskunft Befragte sich auf die konkrete Ausdehnung der Geschäftsverbindung nur mit der Maßgabe einläßt, daß er für Versehen nicht haftet. Die Redewendung „nach bester Überzeugung" schließt die Haftung für grobes Versehen nicht aus (RG. 46, 85). Das alles gilt besonders für Bankiers. Auskunftsbureaus dagegen müssen, wenn sie ihren Abonnenten gegenüber von der Haftung für eigene und fremde Fahrlässigkeit und für den Vorsatz ihrer Gehilfen befreit sein wollen, dies bei Eingehung des Abonnements, etwa durch Aufnahme in die Geschäftsbedingungen, ausmachen. Sonst gilt der Abonnementsvertrag geschlossen unter der Bedingung der Haftung nach Maßgabe der Gesetze. Ein bei Erteilung des einzelnen Rates gemachter Vorbehalt ist wirkungslos. Ist nun der Rat erteilt mit dem zulässigen Zusatze: „Ohne Obligo" oder „Ohne Präjudiz", so will damit der Ratende zum Ausdruck bringen, daß er seine Verantwortlichkeit, soweit gesetzlich zulässig, ausschließen will, und wenn der andere Teil den in dieser Weise erteilten Rat entgegennimmt und befolgt, so ist er damit einverstanden. Es haftet alsdann der Ratende nicht für eigene Fahrlässigkeit und nicht für den Vorsatz seiner Gehilfen und gesetzlichen Vertreter. Eine nachträgliche Vereinbarung über Haftungsbeschränkung darf nicht an dem Mangel der Arglist leiden (s. § 637 BGB.).

b) Handelt es sich um einen außervertraglichen Rat, so wird für Versehen überhaupt nicht Anm. 35.
gehaftet (oben Anm. 6). Die Haftung wegen eigener arglistiger Empfehlung kann aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht ausgeschlossen werden, das wäre eine gegen die guten Sitten verstoßende Vereinbarung und deshalb nach § 138 BGB. nichtig. Auch folgt die Nichtigkeit aus der Analogie des § 276 Abs. 2 BGB., dessen direkte Anwendbarkeit allerdings nicht möglich ist, weil derselbe sich nur auf die Erfüllung bestehender Verpflichtungen, auf Leistungen, die kraft eines Schuldverhältnisses geschuldet werden, bezieht (vgl. § 241 BGB. und RG. 49, 28). Die gleiche Analogie führt dahin, eine Vereinbarung nach der Richtung für gültig zu erachten, daß für Vorsatz der Gehilfen nicht gehaftet wird. Ist daher ein außerkontraktlicher Rat, also insbesondere eine der im Handelsverkehr so üblichen gelegentlichen Auskünfte über die Bonität erteilt, so bewirkt der Zusatz „ohne Obligo", daß, wenn der Firmeninhaber selbst die Auskunft erteilt, die Haftung für arglistige Empfehlung, dadurch nicht ausgeschlossen wird, wohl aber wird die Haftung für arglistige Empfehlung ausgeschlossen, wenn die arglistige Empfehlung von Hilfspersonen des Firmeninhabers erteilt wird, und auch wenn sie seitens der gesetzlichen Vertreter des Firmeninhabers, also auch insbesondere von Vorständen von Aktiengesellschaften erteilt wird. Denn auch die Folgen vorsätzlicher Handlungen dieser können zugunsten des Vertretenen im voraus ausgeschlossen werden (Anm. 28 § 347).

c) Die Vertraulichkeit der Auskunft oder der Zusatz „wie ich erfahren habe", schließt die Anm. 36.
Haftung nicht aus, weil es nicht von Erheblichkeit ist, ob die Behauptung diskret behandelt werden soll, oder ob sie sich als Ausdruck eigenen Wissens oder als Weitergabe der von einem andern erhaltenen Mitteilung darstellt (vgl. RGSt. 30, 224; 31, 66). Nur insofern hat das Verlangen nach Diskretion Bedeutung, als dieses Verlangen erkennbar macht, daß die Mitteilung nicht für Dritte — abgesehen natürlich von dem Personal des Empfängers — bestimmt ist, was für die Verantwortlichkeit Dritten gegenüber nach Anm. 25 oben erheblich wird, und zivilprozessuale Wirkungen hat. Will nämlich der Gewährsmann einer Auskunftei

Digitized by Google

Exk. zu § 349. seinen Namen geheim gehalten wissen, so ist der Inhaber des Auskunftsbureaus nach Verkehrssitte zur Verschwiegenheit verpflichtet. Daraus folgt das Recht zur Zeugnisverweigerung nach § 383 Nr. 5 CPO. (RG. 53, 18), solange nicht die Entbindung von der Verschwiegenheit nach § 385 Abs. 2 CPO. erfolgt. Im allgemeinen kann der Konkursverwalter für den Gemeinschuldner diese Entbindung aussprechen (RG. 59, 85), falls nicht Rücksichten persönlicher Natur — und das wird hier meist der Fall sein — entgegenstehen (vgl. JW. 06, 430[17]). Es besteht ohnehin keine Pflicht einer Prozeßpartei, die von ihr eingezogene Auskunft vorzulegen oder ihren Gewährsmann zu benennen (RG. 35, 109). Die Erteilung einer Auskunft in hypothetischer Form oder mit der Einschränkung, es handle sich um einen bloßen Verdacht, oder man halte die mitgeteilte Tatsache für unwahr, benimmt der Auskunft ihre rechtliche Bedeutung nicht, wenn eine derartige Umschreibung nur gewählt war, um Tatsachen ohne Verantwortung zu behaupten. Es verhält sich hier wie mit den ohne Obligo erteilten Auskünften. Wird eine von einem Dritten empfangene Auskunft als solche bei der Weitergabe bezeichnet, so muß dem diese Auskunft Weitergebenden nicht allein die Unwahrheit der in der Auskunft aufgestellten Tatsachen unbekannt gewesen sein, sondern er darf auch nicht fahrlässig die Auskunft in einer Fassung weitergeben, die etwas anderes bedeutet als jene Tatsache (JW. 04, 203[14]); also auch nicht erhebliche Tatsachen unterdrücken, weil er diese ohne Zustimmung des Dritten etwa nicht mitteilen durfte (BayObLG. 24. 2. 05 Recht 05, 224).

Anm. 37. 10. **Übergangsfrage.** Sind Rat oder Empfehlung vor dem 1. Januar 1900 erteilt, so haftet man nach früherem Recht; sind sie nach dem 1. Januar 1900 erteilt, so haftet man nach neuem Recht, wenn Haftungen auf Grund unerlaubten Handelns in Frage kommen (Art. 170 EG. z. BGB.), dagegen nach altem Recht, wenn es sich um einem Rat handelt, erteilt auf Grund eines vorher abgeschlossenen Vertragsverhältnisses. Die Folgerung aus der in Anm. 16 vertretenen Ansicht führt nicht, wie Habicht (§ 18 II 2) annimmt, dazu, daß der Geschädigte, wenn das den Rat oder die Auskunft enthaltende Schreiben vor 1. 1. 00 zur Post gegeben aber erst nach 31. 12. 99 eingetroffen ist, die Wahl zwischen altem und neuem Recht habe. Entscheidend ist hier der Augenblick, in dem der Erfolg des schädigenden Handelns eingetreten ist (RG. 1. 6. 04 Recht 04, 362[1656]). Der innerhalb einer Geschäftsverbindung erteilte Rat (Anm. 13) hat etwas besonderes. Hier ist das juris vinculum nicht fest genug, um anzunehmen, daß sämtliche einzelnen Geschäfte, welche die Geschäftsverbindung zeitigt, unter die Herrschaft des Rechts zu stellen sind, unter welchem die Geschäftsverbindung eingegangen ist.

Für die Verjährung ist Art. 169 EG. z. BGB. maßgebend (§ 160 Anm. 8).

§ 350.

§ 350. Auf eine Bürgschaft, ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntniß finden, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntniß auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschriften des § 766 Satz 1, des § 780 und des § 781 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph setzt drei Formfreiheiten fest,** d. h. Ausnahmen von Formvorschriften, welche im BGB. enthalten sind. Sie können nur im Zusammenhang mit der Lehre von der Form der Handelsgeschäfte erläutert werden.

Die Form der Handelsgeschäfte.

Anm. 1. **I. Der Grundsatz der Formfreiheit und die Ausnahmen.**

1. **Grundsatz ist, daß die Handelsgeschäfte zu ihrer Gültigkeit keiner Form bedürfen.** Indessen ist dies kein den Handelsgeschäften eigentümlicher Grundsatz, wie etwa die frühere Vorschrift des Art. 317. Vielmehr wohnt schon dem BGB. der allerdings nicht ausgesprochene Grundsatz inne, daß die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte von der Beobachtung einer Form regelmäßig nicht

Digitized by Google

abhängig ist. Deshalb brauchte im neuen HGB. dieser Grundsatz nicht besonders ausgesprochen zu werden. Er gilt hier, weil er schon im BGB. gilt. Doch nimmt der Vergleich eine besondere Stellung ein: § 350.

a) Der gerichtliche Vergleich als höchste Beurkundungsform deckt sowohl das Kausal- als das Erfüllungsgeschäft schon allein durch seine Form, mag auch das materielle Recht besondere Formvorschriften für Verbindlichkeitsübernahmen vorschreiben, welche Bestandteile des Vergleichs geworden sind; ausgenommen solche Akte, welche nur vor dem Standesbeamten vorgenommen werden können. Der gehörig abgeschlossene Prozeßvergleich ersetzt nicht nur die einfache Schriftform des § 126 BGB., sondern auch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung und zwar selbst dann, wenn Abschluß vor Gericht oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien vorgeschrieben ist (RG. 48, 190; dagegen Eccius DJZ. 03, 25). In erster Linie hieraus, wie Dernburg (II 2 § 202 Anm. 8) mit Recht annimmt, aber auch aus §§ 794 Nr. 1, 894 CPO. beantwortet sich in bejahendem Sinn die Frage, ob die einen Grundstücksübergang aussprechende Vergleichsurkunde eine genügende Grundlage zur Eintragung in das Grundbuch nach § 925 BGB. bildet. Der Schuldner muß nicht erst noch im Prozeßweg, oder nach §§ 887, 888 CPO., zur Abgabe der Auflassungserklärung gezwungen werden (OLG. Dresden im Recht 03, 183; Kretzschmar daselbst 357; Josef daselbst 502; dagegen Förster daselbst 260; Sellner SeuffBl. 04, 31; vgl. RG. Gruch. 46, 901). Der Prozeßvergleich verlangt zu seiner Wirksamkeit Erklärung vor dem Prozeßgericht oder im Sühneverfahren (§ 510 CPO.) und zwar in der mündlichen Verhandlung oder Aufnahme zu Protokoll vor dem beauftragten oder ersuchten Richter (§ 288 CPO.; JW. 88, 395[8]; 98, 608[36]; 04, 70[43]). Die Beurkundung erfolgt nach §§ 160 ff. CPO. Prozeßvollmacht (§ 85 CPO.) ermächtigt zum Vergleich (JW. 01, 398[7]). Anm. 2.

b) Der außergerichtliche Vergleich ist formlos gültig. Werden jedoch in dem Vergleich Verpflichtungen übernommen, für deren Übernahme bestimmte Formvorschriften bestehen, so müssen diese Formvorschriften erfüllt werden; solche Formvorschriften bestehen z. B. nicht für Erlaß oder Abtretung einer Forderung, und regelmäßig nicht für obligatorische Verträge, die zu dinglicher Rechtsänderung verpflichten (RG. 48, 135; 50, 83; JW. 01, 382; Küchenbahl JW. 01, 701); daher kann die Verpflichtung zu Bestellung einer Hypothek oder einer Vorrangseinäumung durch formlosen Vergleich erfolgen (RG. in BraunschwZ. 50, 45; JW. 02, Beil. 194); dagegen verlangen Vermögensübergabe (§ 311 BGB.), Grundstücksübertragung (§ 313 BGB.), Schenkung (§ 518 BGB.), sowie die in §§ 761, 1017 BGB. behandelten Rechtsgeschäfte besondere Formen; diese Formen sind auch bei einer vergleichsweisen Vornahme dieser Rechtsgeschäfte zu beobachten. Kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 782 BGB. ist dagegen ausnahmsweise die Gültigkeit eines vergleichsweise abgegebenen abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses von der Schriftform befreit (JW. 03, Beil. 100). Anm. 3.

2. **Diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Gültigkeit das Bürgerliche Gesetzbuch an die Beobachtung einer Form knüpft, bedürfen grundsätzlich auch dann der vorgeschriebenen Form, wenn sie Handelsgeschäfte sind.** Hier kommen hauptsächlich in Betracht: Anm. 4.

a) **Der Bürgschaftsvertrag.** Er ist nach § 766 BGB. nur gültig, wenn die Bürgschaftserklärung schriftlich erteilt ist. Nur wenn die Bürgschaft auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft und der Bürge Vollkaufmann ist, ist sie nach § 350 HGB. und dem folgenden § 351 formlos gültig.

α) Regelmäßig ist also schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Daß hierzu nicht etwa ein zweiseitiger schriftlicher Vertrag gehört, und wie diese schriftliche Erteilung erfolgen muß, besonders auch durch einen Vertreter, darüber unten Anm. 42 ff. und § 349 Anm. 2 u. 4.

Der Zweck des Formzwanges besteht darin, dem Bürgen die Tragweite der übernommenen Verpflichtung zu vollem Verständnis zu bringen. Daher muß die Bürgschaftsurkunde die Übernahme der Bürgschaft, also den Verbürgungswillen, ferner den

Digitized by Google

§ 350. Schuldgrund und endlich die Person des Gläubigers enthalten oder doch deutlich erkennen lassen (RG. 59, 218). So steht der Verbürgungswille genügend in Schriftform fest, wenn in der Bürgschaftsurkunde auf eine von dem Bürgen dem Gläubiger schon früher ausgestellten Bürgschaftsschein Bezug genommen wird, nicht aber erst durch Bezugnahme auf Erklärungen außerhalb der Bürgschaftsurkunde der Verbürgungswille ermittelt werden soll, z. B. durch Bezugnahme auf einen den Erfordernissen der Schriftform überhaupt nicht genügenden Briefverkehr oder auf Wechsel (RG. 51, 110; 57, 262; 59, 42; JW. 04, 232[24]; vgl. § 349 Anm. 10). Die bloße Mitunterzeichnung einer eine Schuldverbindlichkeit unter anderen Personen begründenden Urkunde läßt nicht erkennen, ob die Unterzeichnung zum Zweck der Verbürgung oder zu anderen Zwecken erfolgt ist (RG. 62, 172 u. unten Anm. 5). Die Schuld, für die gebürgt wird, braucht nicht ziffermäßig bezeichnet zu werden; doch muß der Umfang der Schuld im wesentlichen erkennbar sein; ob die Art der Schuld richtig bezeichnet ist, z. B. als Darlehn während es sich um eine Kaufpreisschuld handelt, ist unerheblich, wenn nur feststeht, daß eben für diese Hauptschuld gebürgt werden sollte (RG. 59, 219). Die Bezeichnung der Hauptschuld als Kaution genügt (JW. 06, 347[8]). Auch der Bezeichnung der Person des Gläubigers bedarf es. Nun ist eine solche Bezeichnung in vielen Fällen von vornherein gar nicht möglich, weil der Name des Gläubigers, der z. B. Kredit gewähren soll, zur Zeit der Ausstellung der Bürgschaftsurkunde noch gar nicht bekannt ist, oder weil bei einem Arrangementversuch die Namen sämtlicher Gläubiger noch nicht in die Urkunde eingesetzt werden können. Es ist in solchen Fällen ohne weiteres anzunehmen, daß der Hauptschuldner oder dessen Beauftragter zur entsprechenden Ausfüllung des Bürgscheins ermächtigt ist, sowie daß im Falle eines Arrangements die Bürgschaft für sämtliche Gläubiger übernommen ist (RG. 57, 66). Im Einzelfalle kann die Sache anders liegen; alsdann ist der Schriftform immer noch genügt, wenn aus dem sonstigen Inhalt der Urkunde in Verbindung mit den zur Auslegung der Urkunde zulässigerweise heranzuziehenden Umständen die Person des Gläubigers zu entnehmen ist (vgl. RG. 62, 382; JW. 06, 187[1]; unten Anm. 44; § 349 Anm. 10).

Zufolge dieser Formvorschriften können die Parteien ebensowenig mündlich vereinbaren, daß eine erledigte Bürgschaftsurkunde nun als neue Verbürgung für eine andere Verbindlichkeit, z. B. einen neuen Kredit, gelten solle (RG. 59, 42; JW. 04, 552[29]), als der Inhalt der Urkunde durch mündliche nachträgliche Abreden abgeändert werden kann; dies bezieht sich auch auf Modalitäten, z. B. auf die Fälligkeit, und zwar jedenfalls dann, wenn der Bürge ungünstiger gestellt werden soll (JW. 03, Beil. 108[240]); Dernburg II 2 § 285 läßt mündliche Nebenabreden unbedingt zu, wenn die Bürgschaftsbedingungen dadurch gemildert werden; allein die Urkunde abändernde mündliche Beredungen sind hier überhaupt unwirksam; doch gilt dies selbstverständlich nur im Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen, nicht im Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner. Vereinbarungen letzterer Art sind formfrei (RG. 59, 14).

Anm. 5. Die Auslegung von Bürgschaftsurkunden hat ebenso frei zu geschehen wie die jeder anderen Urkunde, so daß alle außerhalb der Urkunde liegenden Umstände zur Ermittelung des wahren Willens heranzuziehen sind (RG. 59, 218; JW. 06, 187[1]). Nur insofern wird der Formzwang bedeutsam, als die Bürgschaft im wesentlichen urkundlich feststehen muß (oben Anm. 4) und nur zu deren genauerer Umgrenzung auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände und mündliche Erklärungen zu würdigen sind (RG. 59, 219; JW. 05, 47[15]; 06, 187[7]). So ist z. B. durch die bloße Unterzeichnung einer Urkunde, welche eine Schuldverbindlichkeit unter Dritten begründet, die Übernahme einer Bürgschaft noch nicht zu schriftlichem Ausdruck gebracht; es kann aber aus den gebrauchten Ausdrücken in der Urkunde sich ergeben, ob eine Verbürgung oder eine Schuldübernahme gewollt war (vgl. RG. 62, 172; JW. 06, 86[6]; vgl. 06, 96). Keinesfalls darf sich die Auslegung mit dem in Widerspruch setzen, was in der Urkunde, wenn auch nur unvollkommen, Ausdruck gefunden hat, z. B. Einschränkung auf bestimmten Betrag (RG. 17, 43; Bolze 20 Nr. 651; JW. 05, 336[3]; SeuffA. 60, 433). Diesen Grundsätzen widerspricht eine strenge Auslegung

Digitized by Google

des Verbürgungswillens als einer einseitigen Verpflichtungsübernahme nicht (RG. 9, 177 [Verbürgung für Mehrkredit]; vgl. unten Anm. 68). § 350.

Der Mangel der Form beseitigt nur die Haftung aus der Bürgschaft, nicht aber die Haftung aus einem andern Rechtstitel, wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind, z. B. für ein Wechselversprechen (RG. 48, 155; 51, 114; 57, 264; JW. 02, Beil. 231[97]). Wurde daher die Schuld, für welche der Bürge sein Akzept hingegeben hat, nachher bezahlt, aber mit dem Bürgen vereinbart, daß nun derselbe Wechsel als für eine andere Schuld ausgestellt gelten solle, so kann der Bürge dem Anspruch aus seinem Akzept nicht entgegenhalten, es fehle an der Formvorschrift des § 766 BGB. oder das Akzept sei eingelöst; nur die Einrede der Arglist kann ihm helfen, falls nämlich der Gläubiger mit Hilfe des Wechsels doppelte Zahlung erlangen wollte (vgl. RG. 61, 5; JW. 06, 69[24]). Anm. 6.

Geheilt wird der Formmangel durch Erfüllung (§ 349 Anm. 6). Anm. 7.

β) Für den Handelsverkehr ist von dieser Formvorschrift eine Ausnahme gemacht, die weit enger ist, als die des alten HGB. Während nach diesem jede Bürgschaft, welche auf einer Seite ein Handelsgeschäft war, von der Form befreit war (Art. 317, 277), kann sich nach dem neuen HGB. nur der, auf dessen Seite die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist, ohne Beobachtung der Form gültig verbürgen, und auch dieser nur dann, wenn er ein Vollkaufmann ist (§§ 350, 351 HGB.). Ein Handelsgeschäft ist die Bürgschaft auf seiten des Bürgen dann, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes sie übernommen hat (§ 343 HGB.). Das Gesetz hätte ebensogut und vielleicht noch genauer im § 350 sagen können: Wenn ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes sich verbürgt. Anm. 8.

Dafür, wann auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft vorliegt, und wann der Fall vorliegt, daß ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Bürgschaft übernimmt, sind die §§ 343 und 344 mit den dort gegebenen Erläuterungen maßgebend. Es gilt insbesondere die im § 343 dargestellte weite Ausdehnung des Begriffs „Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe" (Anm. 9ff. § 343), und es gelten ferner die im § 344 aufgestellten Vermutungen für diesen Begriff (die von einem Kaufmann mündlich übernommene Bürgschaft ist präsumtiv Handelsgeschäft, jedoch nicht notwendig; vgl. im Falle nichthandelsgeschäftlicher Bürgschaft durch einen Kaufmann Anm. 27 § 343; die von einem Kaufmann schriftlich übernommene Bürgschaft ist fiktiv ein Handelsgeschäft, denn dann liegt ein Schuldschein vor). Es gilt aber auch die Vorschrift des § 5. Diese wird hier nicht nur nach der Richtung wichtig, daß der Eintragung gegenüber von keinem Teile eingewendet werden kann, der Eingetragene betreibe kein Handelsgewerbe, sondern auch nach der Richtung, daß nicht eingewendet werden kann, sein Gewerbe sei kein Vollhandelsgewerbe und es greife daher § 351 Platz. Wenn daher jemand ein Minderhandelsgewerbe betreibt, aber eingetragen ist, so ist seine mündliche Bürgschaft gültig. Beim Versagen der Fiktion des § 5 wird ferner gegen den Eingetragenen wichtig, daß er auf Grund der Eintragung als Vollkaufmann gilt, weil auf Grund der Eintragung angenommen werden muß, daß er als Kaufmann gelten will. Nur dem kann auf Grund des § 15 eingewendet werden, der Eingetragene betreibe überhaupt kein Gewerbe, sei also kein Kaufmann, der wußte, daß der Eingetragene weder Kaufmann ist, noch als solcher gelten will. Auch wer durch sonstiges Auftreten im Rechtsverkehr als Vollkaufmann gilt (Exk. zu § 5), muß dies gegen sich gelten lassen, und seine Bürgschaft ist ohne Form gültig. Das kann freilich zweifelhaft sein, weil die Formvorschriften den Schutz des Kontrahenten gegen sich selbst, gegen seine eigene Leichtfertigkeit bezwecken. Allein hier wie auch sonst geht der Schutz des Verkehrs vor. Anm. 9.

γ) Zusätzlich sei hier bemerkt, daß Näheres über die Bürgschaft (ihre Voraussetzungen und Wirkungen usw.) zu § 349 behandelt ist. Der Bürgschaft nahe verwandt und ebenso wie diese an die Schriftform gebunden ist die im BGB. nicht behandelte kumulative Schuldübernahme (§ 349 Anm. 55; dagegen auch Staub DJZ. 03, 19 Anm. 10.

Digitized by Google

§ 350. und David Recht 03, 356, der sich insbesondere gegen die Auffassung wendet, als sei die kumulative Schuldübernahme als Schenkungsversprechen anzusehen; Kulemann Recht 03, 286 gibt zu erwägen, ob nicht § 780 BGB. [Schuldversprechen] [dagegen Josef DJZ. 03, 422 und David Recht 03, 356] Platz greife; ausführliche Dogmatik bei Lippmann JhringsJ. 48, 315 ff.; für die in § 349 Anm. 55 vertretene Ansicht OLG. Rostock und Dresden OLGR. 6, 449 u. 5, 323; OLG. Hamburg HansGZ. 04, Beibl. 232). Durch den Formzwang für die kumulative Schuldübernahme ist nicht abgelehnt, daß nicht ein Dritter als Samtschuldner in ein Rechtsverhältnis eintreten könnte (§ 421 BGB.; JW. 05, 45[11]); nur darf nicht inhaltlich eine Verbürgung gewollt sein.

Anm. 11. b) **Das abstrakte Schuldversprechen.** (Lit.: Klingmüller in Fischer Abh. f. Pr. u. Zivr. 9 Heft 4; Wienstein Gruch. 48, 477; v. Tuhr, Zur Lehre von den abstr. Schuldverträgen 03.) Nach §§ 780, 782 BGB. ist zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig und losgelöst von jedem Rechtsgrund (RG. 58, 201; JW. 01, 383) begründen soll, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich. Verspricht daher jemand dem Gläubiger eines Dritten für des letzteren Schuld aufzukommen und sie zu bezahlen, so liegt kein abstraktes Schuldversprechen vor; denn der Rechtsgrund ist genannt und von dem Versprechenden zu dem seinigen gemacht (vgl. RG. 51, 120). Nicht anders liegt die Sache, wenn jemand verspricht, zu zahlen, was ein Käufer für die Kaufsache schulde; er verspricht nicht eine gleiche Summe wie der Käufer, sondern er verspricht dessen Schuld zu zahlen; dasselbe gilt, wenn eine Geldsumme als eine ohnehin schon geschuldete versprochen (RG. 61, 319) oder eine Kaufpreisschuld in eine Darlehensschuld nach § 607 Abs. 2 BGB. umgewandelt wird (RG. 62, 51; JW. 06, 550[19]). Ebensowenig fällt ein Stundungsversprechen unter § 780 BGB. (OLG. Dresden SächsA. 14, 257). Wohl aber trifft § 780 BGB. zu bei dem Versprechen, ein angeblich erhaltenes Darlehn zurückzuzahlen, in dem Bewußtsein, daß ein anderer das Geld erhalten hat; denn das Versprechen läßt sich dann nur damit erklären, daß eine neue selbständige Obligation begründet werden sollte (RG. 22. 9. 93 SeuffA. 49 Nr. 93). Die Schriftform ist nur dann nicht erforderlich, wenn das Schuldversprechen auf Grund einer Abrechnung (Erk. zu § 357) oder eines Vergleichs (oben Anm. 3) oder als Teil eines gegenseitigen Vertrags z. B. so erteilt ist, daß A dem B dessen Schuld erläßt und als Gegenleistung C dem A Zahlung verspricht (JW. 06, 163[19]).

Eine Heilung des Formmangels durch Erfüllung findet hier nicht statt.

Anm. 12. α) Über das Erfordernis der schriftlichen Erteilung gilt das unten Anm. 34 ff. Gesagte, insbesondere auch für den Fall, daß die Erklärung durch Vertreter erfolgt.

Anm. 13. β) Ebenso gilt hier auf Grund unseres § 350 HGB. und des § 351 HGB. für den Handelsverkehr die gleiche Ausnahme, wie bei der Bürgschaft: Das Schuldversprechen bedarf keiner Form, wenn es auf seiten des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, und der Versprechende Vollkaufmann ist oder als solcher gilt (näheres hierüber oben Anm. 8 f.).

Anm. 14. γ) Zusätzlich sei bemerkt, daß weitere Vorschriften über das abstrakte Schuldversprechen weder im BGB. noch im HGB. enthalten sind. Hierüber sei besonders zweierlei bemerkt: Es ist anzunehmen, daß das reine Schuldversprechen auch bedingt abgegeben werden kann (Cosack, BGB. I § 162 IV). Es ist ferner anzunehmen, daß der Schuldner einwandsweise auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis zurückgehen kann. Wir nehmen dies besonders deshalb an, weil der Gesetzgeber auch bei den zur Zirkulation bestimmten kaufmännischen Verpflichtungsscheinen dieses Zurückgehen zuläßt, wie § 364 HGB. ergibt, und sogar beim Wechsel, dem abstraktesten Schuldversprechen, welches die Gesetze kennen (Art. 82 WO.). Dernburg II 1 § 88 I will nur auf Grund des § 812 Abs. 2 BGB. (dem noch § 821 BGB. hinzugefügt werden könnte) Einreden zulassen. Allein diese Gesetzesvorschrift ist nicht dazu bestimmt, die gegen die Geltendmachung abstrakter Schuldversprechen zulässigen Einreden zu erschöpfen, sondern sie läßt nur bei Gelegenheit der Regelung des Anspruchs auf Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung diesen Anspruch und

Digitized by Google

diese Einrede auch gegenüber der Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens zu (RG. 61, 321). Würde man gegen das abstrakte Schuldversprechen nur auf Grund dieser Konstruktion Einreden zulassen, so wäre gegenüber der Geltendmachung eines vorzeitig gegebenen abstrakten Schuldversprechens ein Einwand überhaupt nicht zulässig (§ 813 BGB.). Allein hier wie beim Wechsel wird man annehmen müssen, daß immer dann ein Einwand zulässig ist, wenn die Geltendmachung des formalen Rechts sich als doloser Mißbrauch des wahren Rechts darstellt (Staub, WO. §§ 14 und 33 zu Art. 82). Wird freilich das Schuldversprechen nach Entstehung des Schuldverhältnisses und in Kenntnis der Einwendungen gegeben, so liegt darin ein Verzicht auf diese. Aber das ist auch bei anderen abstrakten Versprechen (Verpflichtungsschein, Wechsel) nicht anders. Dagegen muß angenommen werden, daß der Zessionar sich die Einwendungen, die dem Schuldner gegen den Zedenten persönlich zustehen, entgegenhalten lassen muß. Denn das Schuldversprechen soll zwar nach § 781 BGB. eine selbständige Verpflichtung begründen; aber das bedeutet nicht, daß dadurch eine von der ursprünglichen causa völlig losgelöste Obligation begründet werden soll. Es soll damit nur, wie Dernburg a. a. O. zutreffend sagt, ein Mittel gegeben werden, um das wahre Recht in bequemster und raschester Weise zur Geltung zu bringen. Zu diesem Zwecke gewährt es einen neuen Klagegrund, der selbständig, ohne Zurückgehen auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis, geltend gemacht werden kann. Allein auch der Wechsel, auch der kaufmännische Verpflichtungsschein begründen selbständige Verpflichtungen in diesem Sinne, und doch ist noch nie bezweifelt worden, daß auch bei ihnen der Schuldner die ihm gegen den Gläubiger zustehenden, aus der zugrunde liegenden causa entspringenden Einreden, nicht bloß diesem, sondern auch seinem Zessionar entgegenhalten kann (Erl. zu § 364), und nur dem Indossamente wird eine weitergehende, rechtsverstärkende und einredevernichtende Wirkung von den Gesetzen beigelegt. Es ist nicht ersichtlich, daß das BGB. in dem abstrakten Schuldversprechen des § 780 ein eigenartiges, in seiner Abstraktheit und Selbständigkeit sogar den Wechsel und den kaufmännischen Verpflichtungsschein übertreffendes Verpflichtungsverhältnis schaffen wollte (Planck § 780 Anm. 2 ff.). Daß im Falle des § 405 BGB. (Abtretung der Forderung unter Vorlegung der darüber ausgestellten Urkunde) der Einwand des Scheins und des vertragsmäßigen Ausschlusses der Abtretung versagt wird, gilt auch hier. **§ 350.**

Die Beweislast für das Vorliegen von Einwendungen trifft überall den Schuldner (vgl. RG. 62, 45).

Haften übrigens dem Schuldversprechen Mängel an, die gegen zwingende Rechtsvorschriften verstoßen, so ist dasselbe nicht nur ope exceptionis, sondern ipso jure nichtig. So entbehrt ein Schuldversprechen zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Differenzschuld der Klagbarkeit (§ 762 BGB.), desgleichen ein Schuldversprechen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit auf Zahlung eines Ehemaklerlohnes (§ 656 BGB.); ein gegen die guten Sitten verstoßendes Schuldversprechen ist nichtig (§ 138 BGB., der mit § 817 BGB. in Verbindung steht; hierüber Erl. zu § 346 Anm. 5, 22 f.).

c) **Das Schuldanerkenntnis.** Nach § 781 Satz 1 und § 782 BGB. ist zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird, schriftliche Anerkennungserklärung erforderlich. Ist für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form vorgeschrieben ist, so bedarf der Anerkennungsvertrag dieser Form. Ist also zur Begründung des Schuldverhältnisses die gerichtliche oder notarielle Beurkundung nötig, so ist auch der Anerkenntnisvertrag nur in dieser Form gültig. Ebenso wenn zweiseitige Schriftlichkeit zur Begründung des Schuldverhältnisses gehört. Denn auch in diesem Falle erfordert die Begründung des Schuldverhältnisses eine andere Form, als „schriftliche Erteilung der Erklärung". (Das Schuldanerkenntnis des § 781 BGB. erfordert die Loslösung von jedem Schuldgrund [RG. 61, 319; 62, 38].. Durch diese Loslösung unterschridet sich dasselbe von dem in einem Schuldumwandlungsvertrag liegenden Schuldbekenntnis [JW. 05, 138[15]; vgl. 06, 550[15]].) Anm. 15.

Digitized by Google

§ 350. Die Formvorschrift fällt weg, wenn das Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung oder eines Vergleichs abgegeben wird (der Formmangel wird nicht, wie bei der Bürgschaft, durch die Erfüllung geheilt).

Anm. 16. α) Über das Erfordernis der schriftlichen Erteilung der Anerkenntniserklärung gilt das Anm. 42 ff. Gesagte, insbesondere auch über den Fall der Abgabe eines Anerkenntnisses durch einen Vertreter. Über die anderen Formen Anm. 50 ff.

Anm. 17. β) Ebenso gilt für den Handelsverkehr die gleiche Ausnahme, wie bei der Bürgschaft: Ist das Anerkenntnis ein Handelsgeschäft auf seiten des Schuldners, und ist oder gilt dieser als Vollkaufmann, so bedarf das Anerkenntnis keiner Form (Anm. 8 f.). Die Ausnahme bezieht sich aber nicht auf den Fall, daß für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form als die schriftliche Erteilung vorgeschrieben ist. In diesem Falle greift wiederum die Regel Platz; denn § 351 befreit nur von der Form des § 780 Abs. 1 BGB.

Anm. 18. γ) Näheres über den Anerkenntnisvertrag Cosack BGB. I §§ 161 f., und über das Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung Exk. zu § 357 Anm. 4. Nach Dernburg II 1 § 89 IV unterscheiden sich Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nicht in ihrem Wesen, sondern nur im Ausdruck. Dies erachten wir als zutreffend. Wir verweisen hierfür noch auf § 812 Abs. 2 BGB., der vom Schuldanerkenntnis spricht und zweifelsohne auch das abstrakte Schuldversprechen meint, wie dies auch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen ergibt. Die oben Anm. 14 erörterten materiellen Grundsätze gelten daher auch hier. Bezog sich der Anerkennungsvertrag auf eine Nichtschuld, so braucht der Anerkennende, wenn er einen Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 2 BGB. geltend macht, nur das Nichtbestehen einer Verbindlichkeit nachzuweisen. Sache des Gläubigers ist es, zu beweisen, daß der Leistende gewußt hatte, er sei zur Leistung nicht verpflichtet gewesen (RG. 60, 420; JW. 06, 351 [10]). Die Zahlung einer Nichtschuld ist kein selbständiger Schuldgrund im Sinn des § 781 BGB. (JW. 05, 389 [5]).

Anm. 19. δ) Zusätzlich mag hinzugefügt werden, daß das negative Schuldanerkenntnis, d. h. der Vertrag, durch welchen der Gläubiger anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht besteht, einer Form überhaupt nicht bedarf (§ 397 Abs. 2 BGB.). Das wird insbesondere praktisch werden bei allgemeinen negativen Anerkenntnissen, d. h. bei dem Anerkenntnisse, daß dem einen Teil gegen den anderen keinerlei Forderungen mehr zustehen (Generalquittung).

Anm. 20. d) **Grundstücksübereignungsverträge.** (Lit.: Gutbrod, Der oblig. Grundstücksveräußerungsvertrag; Weißler in DNotZ. 3, 89; Thiele ebenda 317; Lesse DJZ. 03, 99; Stranz in dem Gutachten des 26. Juristentags Bd. 2, 105 ff.) Nach § 313 BGB. bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem inländischen (JW. 06, 219 [1]) Grundstück zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, doch wird der Mangel dieser Form geheilt durch die Auflassung und Eintragung; also ist formfrei der eine Ungewißheit lösende Grenzberichtigungsvertrag (JW. 06, 302 [7]). Anders natürlich, wenn eine neue Grenze durch Abtretung von Teilen der beiderseitigen Grundstücke gewonnen wird.

Die Vorschrift des § 313 BGB. ist weit enger als die des früheren Art. 275. Nach letzterem waren „Verträge über unbewegliche Sachen" keine Handelsgeschäfte und dadurch der Formfreiheitsvorschrift des Art. 317 entzogen. Nach jener Vorschrift des BGB. ist aber nur ein solcher Vertrag, durch den sich jemand zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke ländlicher oder städtischer Art (RG. 50, 166) verpflichtet, der schweren Form unterworfen, nicht auch andere Verträge über unbewegliche Sachen, wie dies weiter unten noch näher dargelegt werden soll. Unter § 313 BGB. fallen nicht nur Kauf- und Tauschverträge, sondern auch Grundabtretungen nach § 142 des preuß. Berggesetzes (RG. 56, 190), überhaupt alle Verträge, durch welche die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (wegen der preuß. vor 2. Nov. 1810 bestandenen veräußerlichen Apothekerprivilegien RG. 45, 387) übernommen wird, sowie die auf Abschluß eines Grundstücksübereignungsvertrags abzielende Offerte; einerlei, ob die Übertragung gerade an den Vertragsgegner oder

Digitized by Google

an einen dritten erst noch zu bestimmenden Erwerber erfolgen soll, mag letzterem ein unmittelbares Recht nach § 328 BGB. zugestanden sein oder nicht (RG. 50, 165; 53, 252; JW. 02, 191; 03, 32). Hierher gehört auch die Umwandlung des gemeinschaftlichen Eigentums der Erben an einem Nachlaßgrundstück in Miteigentum (RG. 57, 432); die Einräumung eines dinglichen, nicht aber die Einräumung eines persönlichen Vorkaufsrechts (RG. 59, 132; 60, 225; JW. 05, 230[6]). Aus der Vertragsurkunde muß sich das bestimmte zu veräußernde Grundstück ergeben, wenn auch falsche Bezeichnung nichts schadet (JW. 04, 58[18]); auch muß, wenn auch durch Auslegung, der Kaufpreis aus der Urkunde selbst bestimmbar sein (JW. 04, 55[6]). § 350.

Die Formvorschrift des § 313 BGB. erstreckt sich auf alle Nebenberedungen, insbesondere auf den Ausschluß der gesetzlichen Gewährleistung (JW. 05, 426[3]; dazu Beer in DJZ. 05, 668) auf alle die vertragliche Bindung bezweckende Versprechen (RG. 62, 411) sowie auf Zusicherungen von Eigenschaften des Grundstücks (RG. 51, 181; 52, 4; JW. 02, 247), z. B. die Zusicherung des Bestehens oder Nichtbestehens von Dienstbarkeiten (OLG. Hamburg in HansGerZ. 03 Beibl. 142). Daher ist die Zeit des gerichtlichen oder notariellen Abschlusses für die Kenntnis von Sach- und Rechtsmängeln maßgebend (RG. im Recht 03, 16). Auch die Abänderungen des ursprünglichen Vertrags, mögen sie Berichtigung des Preises oder auch nur die Fälligkeit betreffen, unterstehen der Form des § 313 BGB. (RG. 51, 179; BraunschwZ. 04, 77; PostMschr. 04, 69; SeuffA. 57, 390), nicht aber solche Vereinbarungen, die nicht die Eigentumsübertragung und die Gegenleistungen des andern Teils unmittelbar betreffen; insoweit kann ein formgerechter Veräußerungsvertrag durch formwidrige Änderungen umgestaltet werden (RG. 51, 181; SeuffA. 58, 3; OLG. Dresden SächsA. 14, 233).

Der Grundstücksübereignungsvertrag ist überhaupt ungültig, wenn er nicht in allen seinen Teilen der Form genügt, so daß auch die vertragsmäßig bedungene Strafe nicht gefordert werden kann (RG. 50, 163; 53, 252) und nicht einmal ein obligatorischer Anspruch auf Eigentumsübertragung besteht (vgl. RG. 55, 343). Es wird nicht, wie früher bei Auslegung des Art. 275 angenommen wurde, die Form nur dann erfordert, wenn der Hauptgegenstand eines verschiedene Punkte enthaltenden Vertrags eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung ist. Vielmehr ist die Übernahme einer solchen Verpflichtung und aller damit in unlöslicher Verbindung stehender Abmachungen stets nur in jener höheren Form möglich, und, wenn sie nicht in jener Form betätigt ist, schlechthin ungültig. Ob eine teilweise Ungültigkeit die Ungültigkeit des ganzen Vertrags nach sich zieht, hängt davon ab, ob beide Teile den ganzen Vertrag auch ohne den ungültigen Teil abgeschlossen hätten (§ 139 BGB.; unten Anm. 64). Wurde z. B. wahlweise die Übertragung eines Grundstücks oder Zahlung einer Geldsumme zugesagt, so kann die Geldsumme verlangt werden, wenn hinsichtlich dieser Zusage § 139 BGB. zutrifft (JW. 04, 405[6]).

Zusicherungen über den in der Vergangenheit erzielten oder zur Zeit des Kaufs vorhandenen Umsatz oder Ertrag des mit dem Grundstück verkauften Geschäfts (Brauerei, Gastwirtschaft, Fabrik) oder über die Mietspreise des verkauften Wohngebäudes sind zugesicherte Eigenschaften im Sinne des § 359 BGB.; sie bedürfen daher derselben Form wie der Grundstückskauf. Sind solche Zusicherungen nur mündlich vereinbart, so bieten sie weder zu einer Wandelung noch zu einer Preisminderung die rechtliche Grundlage, weil sie nicht Bestandteile eines formgültigen Vertrags geworden sind (RG. 21, 311; 51, 179; 52, 2; JW. 97, 581[56]). Es gibt aber auch keine Klage auf Erfüllung etwa unter Berufung auf Treu und Glauben; denn wenn der Vertrag ohne die Zusicherung nicht geschlossen worden wäre, so liegt ein vollständiger, nur in der gesetzlichen Form gültiger und erst dann bindender Vertrag überhaupt nicht vor. Das Geschäft ist nichtig; etwaige Leistungen sind zurückzugeben (§§ 125, 139 BGB.).

Die Auflassung und Eintragung heilt zwar den Mangel der Form (unten Anm. 70 f.), jedoch nur dann, wenn zur Zeit der Auflassung Willenseinigung auch über die mündlichen Nebenberedungen noch vorhanden war; erzwingen lassen sich Auflassung und Eintragung in

Digitized by Google

§ 350. diesem Falle nicht (RG. 52, 1; 56, 50). Damit ist im Fall betrüglichen Handelns des Verkäufers ein Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung (§§ 823, 249 BGB.) und auch aus § 826 BGB. nicht ausgeschlossen (RG. 56, 51; 61, 250; JW. 06, 161[3]). Über diesen Schadensersatzanspruch vgl. zu § 377 die Ausf. über Arglist.

Sind bei dem Rechtsgeschäft auf der einen oder anderen Seite **mehrere Vertragspersonen** vorhanden und ist die Erklärung einer von ihnen wegen Formmangels nichtig, so entscheidet auch hier der Umstand, ob von allen Beteiligten auch trotz dieser Nichtigkeit das Geschäft so vorgenommen worden wäre, wie es nun nur noch bestehen kann (RG. 59, 175; JW. 05, 43[5]; 684[5]). Die Geltendmachung der Nichtigkeit kann nirgends von Zahlung einer Vertragsstrafe abhängig gemacht werden (RG. 53, 257; vgl. auch unten Anm. 73).

Anm. 21. **Auch für den Handelsverkehr ist von dieser Formvorschrift keinerlei Ausnahme gemacht**, auch nicht für Gesellschaftsverträge, wie letzteres von uns schon an anderen Stellen betont worden ist (Anm. 41 § 105; Anm. 14 § 161; Anm. 23 § 335; Anm. 9 im Exk. zu § 342). Die Vorschrift gilt auch, wenn ein Gesellschafter sich verpflichtet, sein eigenes Grundstück nach der Parzellierung in eigenem Namen, jedoch zu Gesellschaftszwecken an die von den andern Gesellschaftern beizubringenden Kaufliebhaber zu verkaufen (JW. 05, 73[7]); desgleichen bei einem Gesellschaftsvertrag auf gemeinschaftliche Ausnützung eines einem Gesellschafter gehörigen Geländes zu Villenbauten (RG. 12. 10. 04 in Holdheim 05, 112); über Auseinandersetzungsverträge zwischen Gesellschaftern vgl. § 142 Anm. 3ff. Auch ist bei dieser Gelegenheit wiederum darauf aufmerksam zu machen, daß auch der Eigentumsübereignungsvertrag, obwohl auch im Handelsverkehr seine Gültigkeit an eine schwere Form geknüpft ist, dennoch ein Handelsgeschäft ist, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgeschäfts ihn abschließt, und auch ein Handelsgrundgeschäft sein kann, zwar nicht nach § 1, weil keines der dort bezeichneten Geschäfte den Handel mit Grundstücken zum Gegenstande hat, wohl aber nach § 2. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß nicht nur der obligatorische Grundstücksübereignungsvertrag, sondern auch die Ausführung desselben, die Bewirkung der Übereignung selbst, an eine sehr schwere Form geknüpft ist, und zwar in dieser Hinsicht übereinstimmend mit dem früheren Recht, nämlich an die Auflassung und Eintragung. Andererseits aber wird der formlose Übereignungsvertrag durch Auflassung und Eintragung gültig. Die **Hilfs- und Nebengeschäfte** des Grundstücksveräußerungsvertrags sind formfrei; also der Mäklervertrag (JW. 05, 73[7]); der Auftrag zum An- und Verkauf von Grundstücken in eigenem Namen für fremde Rechnung, selbst wenn der Beauftragte das Grundstück in der Folge dem Auftraggeber aufzulassen hat (RG. 54, 75; JW. 03, 56; SeuffA. 59, 3); der Vollmachtsvertrag (JW. 06, 134[4]), es wäre denn, daß die Vollmacht schon das Veräußerungsgeschäft selbst enthält, z. B. wenn der Verkäufer durch Vertragsstrafe gebunden wird, mit dem ihm von seinem Bevollmächtigten beigebrachten Käufer zu bestimmtem Kaufpreis abzuschließen und dem Bevollmächtigten Auflassung und Eintragung zu überlassen (RG. 50, 163; 53, 252; JW. 03, 32), oder wenn der Bevollmächtigte zunächst selbst Eigentum erwerben soll, um es nachher auf seinen Auftraggeber zu übertragen (RG. in DJZ. 02, 335); dann liegt kein Auftrag vor. Anders trotz (unwirksamer) Ausbedingung der Unwiderruflichkeit, wenn es sich nicht um eine in Form eines Parzellierungsvertrags erteilte Vollmacht handelt (RG. 62, 335).

Anm. 22. e) **Andere Verträge über unbewegliche Sachen sind dieser Form oder einer anderen Form nicht unterworfen, auch nicht, wenn es sich um eine Grundstücksbelastung handelt.** Denn der obligatorische Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, sein Grundstück mit einer Hypothek, mit einer Grundschuld oder einer Rentenschuld zu belasten (das sog. **pactum de pignorando**), ist formlos gültig (RG. 48, 133; 50, 82; DJZ. 7, 288). Dagegen ist die Ausführung dieser Verträge, die Bewirkung dieser Belastung selbst, an Formen gebunden (die Einigung, die vor der Eintragung nur bei Beobachtung gewisser Formen gültig ist, und die Eintragung, § 873 BGB.). Soweit es sich um Grundstücksbelastungen handelt, liegt hierin eine Abweichung vom früheren Recht insofern vor, als nach dem letzteren auch die **pacta de pignorando** bei Grundstücken als Verträge über unbewegliche Sachen dem landes-

Digitized by Google

rechtlichen Formenzwange unterlagen, was jetzt fortfällt. Dagegen liegt keine Abweichung vom früheren Recht insofern vor, als es sich um die Ausführung dieser Verträge, um die Bewirkung der Belastung selbst, handelt. Diese sind nach gegenwärtigem Recht ebenso wie nach früherem Recht den singulären Formvorschriften des bürgerlichen Rechts unterworfen. Daß die obligatorischen Verträge auf Verpfändung von Grundstücken formlos gültig sind, ist deswegen von praktischer Bedeutung, weil der so Verpflichtete, wenn er sich weigert, die zur Bewirkung der Eintragung erforderliche formelle Erklärung abzugeben, hierzu durch richterliches Urteil gezwungen werden kann, und das Urteil gilt dann als Abgabe der Erklärung (§§ 894 ff. CPO.; vgl. Gutbrod 57 und unten Anm. 41). § 350.

Auch sonst sind Verträge über unbewegliche Sachen denkbar und in der Praxis des früheren Rechts behandelt worden. Sie waren nach früherem Recht nicht Handelsgeschäfte und deshalb dem landesrechtlichen Formenzwange unterworfen. Nach dem neuen Recht gibt es für sie keine Form (bis auf die Miete von Grundstücken, unten Anm. 28). Vor allem gehören dazu die **Werkverdingungsverträge über Grundstücke**, die Verträge, durch welche jemand es übernimmt, ein Grundstück zu bebauen, oder einen Grundstücksteil herzustellen, also die Geschäfte der Bauunternehmer und Bauhandwerker, insbesondere auch der Übernehmer von Straßenpflasterungen, Eisenbahnbauten usw. Solche Verträge sind also formlos gültig. Anm. 23.

Auch das Abkommen, durch das ein Grundstücksübereignungsvertrag vor seiner Ausführung aufgehoben wird, ist an keine Form gebunden. Denn es ist zwar ein Vertrag „über ein Grundstück", aber kein Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, also genügen auch schlüssige Handlungen (RG. Gruch. 49, 895). Desgleichen ist die Form des § 313 BGB. nicht nötig, wenn der Käufer eines Grundstücks seinen Anspruch auf Auflassung abtritt (RG. 53, 269), weil nur entsprechende Anwendung möglich wäre, diese aber nicht möglich ist, weil die Formvorschriften Ausnahmevorschriften sind. Ebenso ist formfrei die Verpflichtung, ein Grundstück bestimmte Zeit nicht zu verkaufen (JW. 05, 73[7]) und jede nachträgliche einseitige Willenserklärung, z. B. der Verzicht auf ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht (JW. 05, 171[11]). Anm. 24.

f) **Die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden.** Nach dem früheren Recht war, wenn ein Handelsgeschäft vorlag, die Abtretung von Rechten formlos, auch von im Grundbuch eingetragenen Rechten (vgl. 5. Aufl. § 2 zu Art. 275). Jetzt gilt für Handelsgeschäfte nichts besonderes, und es greifen die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts Platz. Danach ist für den obligatorischen Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Forderung oder ein Recht zu übertragen, für das pactum de cedendo, eine Form niemals erforderlich, die Forderung mag sich noch so hoch beziffern, sie mag verbrieft sein, oder es mag sich um ein im Grundbuch eingetragenes Recht handeln (RG. 54, 147). Dagegen ist die Abtretung selbst, der dingliche Vertrag, durch den der Übergang des Rechts bewirkt wird, nicht immer formfrei. Hier ist vielmehr für die Briefhypothek vorgeschrieben Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form (unten Anm. 42) oder Eintragung der Abtretungin das Grundbuch, wozu aber in beiden Fällen die Übergabe des Hypothekenbriefs hinzutreten muß (RG. 56, 184; 59, 316; JW. 06, 545[11]). Der Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefs (§ 931 BGB.) braucht nicht ausdrücklich in der Abtretungsurkunde erklärt zu sein (RG. 54. 112), wohl aber muß diese Urkunde den Namen des neuen Gläubigers enthalten (JW. 06, 388[14]). Bei der Buchhypothek erfolgt die Abtretung durch Einigung und Eintragung, für die Übertragung der Grundschuld gilt dasselbe (§§ 1154, 1192 BGB.; RG. 55, 378; 56, 10); Hypothekenvermittlung Exk. vor § 93 Anm. 22. Anm. 25.

Die gleichen Grundsätze greifen Platz für die Verpfändung von Rechten (§ 1274 BGB.). Also auch hier Formfreiheit des pactum de pignorando und ferner regelmäßige Formfreiheit der Pfandrechtsübertragung selbst, wozu bei Forderungen Anzeige an den Schuldner hinzutreten muß (§ 1280 BGB.). Nur ausnahmsweise gilt Formvorschrift bei der Pfandübertragung an Hypotheken und Grundschulden. Die Verpfändung eines Hypothekenbriefs hat ohne Ver- Anm. 26.

Digitized by Google

§ 350. pfändung der Forderung keine Wirkung, weil der Hypothekenbrief wegen seiner Abhängigkeit von der Hypothek nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein kann (JW. 04, 555[15]. Daher kann eine hypothekarisch gesicherte Forderung nicht durch Übergabe des Hypothekenbriefs verpfändet werden, sondern es bedarf außerdem einer schriftlichen Verpfändungserklärung des Gläubigers der zu verpfändenden Forderung, der die Übergabe des Hypothekenbriefs auch vorausgehen oder nachfolgen kann (§§ 1274, 1154 BGB.; OLG. Colmar OLGR. 7, 42; Puchelt Z. 34, 484). Anzeige an den Hypothekenschuldner ist so wenig vorgeschrieben, als die Eintragung zum Grundbuch. Durch letztere wird aber die schriftliche Verpfändungserklärung ersetzt (§ 1154 Abs. 2 BGB.; RG. 54, 147). Näheres Hallbauer in BankA. 06, 99 u. Planck § 1154 Anm. 3ff. u. § 1274 Anm. 2a).

Anm. 27. **Daß hier überall die obligatorischen Verträge formlos gültig sind, hat die praktische Bedeutung,** daß auf Grund eines solchen Vertrages die Abgabe der zum Übergange des Rechts erforderlichen formellen Erklärungen und die hierzu erforderliche Übergabe der Urkunden (Hypotheken-, Grundschuldbriefe) durch richterliches Urteil erzwungen werden kann. Dabei gilt die Erklärung als abgegeben mit der Rechtskraft des Urteils und die das Recht verbriefende Urkunde als übergeben mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher (§§ 894ff. CPO.).

Anm. 28. g) **Mietverträge über Grundstücke, Wohnräume oder andere Räume, wenn sie auf länger als ein Jahr geschlossen werden,** bedürfen der schriftlichen Vertragsform (es ist das der einzige Fall, wo das BGB. zweiseitige Schriftform vorschreibt). Das Gleiche gilt von Pachtverträgen. Auswechslung von einseitig bestätigenden Briefen ersetzt die Schriftform nicht (RG. 59, 245). Das Erfordernis der Schriftform erstreckt sich auf den ganzen Inhalt des Miet- oder Pachtvertrags, nicht nur auf die Festsetzung der Mietsdauer (RG. 56, 84); ausgenommen sind solche Abmachungen, welche mit dem Miet- oder Pachtvertrag nicht in innerem Zusammenhange stehen. Ist die Schriftform nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen; er kann jederzeit unter Einhaltung der in § 565 BGB. bezeichneten Fristen, jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres, gekündigt werden (§§ 566, 580, 581 BGB.); sollte auch eine längere Frist als die gesetzliche Kündigungsfrist mündlich vereinbart sein (RG. 59, 245; JW. 05, 42[3]). Dies alles gilt auch, wenn, abgesehen von einem Geschäftsübergang nach §§ 25, 27, an Stelle des Mieters oder Vermieters eine andere Person in einen auf mehr als ein Jahr schriftlich abgeschlossenen Vertrag eintreten will (JW. 05, 687[9]). Auch ist es fast allgemein anerkannt, daß derjenige, welcher sich auf eine Abweichung von den gesetzlichen Kündigungsbestimmungen beruft, dafür die Beweislast trägt (RG. 57, 50; Betzinger, Beweislast 147, 164). Unter Umständen wird durch den Formmangel nicht nur die Lösung der Miete nach § 566 Abs. 2 BGB. erleichtert, sondern der ganze Vertrag nichtig, wenn Mieter oder Vermieter aus besonderen Gründen, z. B. im Hinblick auf Nebenverpflichtungen, den ganzen Vertrag nicht ohne die längere Dauer geschlossen hätten (§ 139 BGB.; OLG. Braunschweig im Recht 04, 334[1481]; OLG. Frankfurt OLGR. 8, 397; Hamburg OLGR. 10, 169).

Anm. 29. α) Diese Formvorschrift gilt auch für solche Mietverträge über Grundstücke und Räume, welche Handelsgeschäfte sind, also besonders für Verträge, durch welche ein Kaufmann Geschäftsräume, ein Wirt einen Gasthof mietet. (Solche Verträge waren übrigens nach dem alten HGB., wenn die Miete die Hauptleistung war [JW. 02, 273[21]], keine Handelsgeschäfte, da sie Verträge über unbewegliche Sachen waren, und deshalb waren sie auch nach dem alten HGB. dem landesrechtlichen Formzwange unterworfen [5. Aufl. § 5 zu Art. 275].) Über Vermittlung von Mietsverträgen s. Exk. vor § 93 Anm. 22.

Anm. 30. β) Desgleichen gilt diese Formvorschrift auch für die Expachtung von Grundstücken zum Zwecke der Ausbeutung (zur Ziegelfabrikation [JW. 99, 62[23]], zum Steinbruch, zum Austorfen, zur Abholzung [RG. 60, 317], zum Rübenbau, zur Bernsteingräberei, zur Rohrnutzung [RG. 56, 83], zur Ausbeutung eines Tonlagers [Gruch. 35, 1024], eines Bergwerks [JW. 89, 116[32]; 01, 266[38]], von Schwerspat [JW. 99, 402[22 u. 23]], von Sand

Digitized by Google

und Kies [JW. 97, 533[14]]). Von diesem Gesichtspunkte wird der schon an anderer Stelle (Anm. 35 u. 36 zu § 1) betonte Unterschied zwischen Pachtung des Grundstückes zum Zwecke der Ausbeutung und Kauf der den Gegenstand der Ausbeutung bildenden Gegenstände wiederum wichtig. Wer einen Steinbruch pachtet, schließt einen Pachtvertrag über die unbewegliche Bodensubstanz ab, er pachtet ein Grundstück; wer die zu brechenden Steine kauft, kauft bewegliche Gegenstände. Pachtung ist anzunehmen, wenn Vertragserfüllung und Preis von dem Umfange der zu machenden Ausbeute unabhängig sind (RG. 6, 9; RGSt. 27, 263; gerade umgekehrt JW. 99, 62[23]). Es ist eben entscheidend, ob die wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks gerade in Ausbeutung seiner Bestandteile als dessen Frucht besteht (JW. 03, 131[24]). Alsdann ist Pacht gegeben. Weder Miete noch Pacht liegt vor, wenn das für Benutzung einer fremden Bahnanlage gewährte Entgelt nicht in periodischen, der Benutzungszeit entsprechenden Leistungen von Geld oder Bodenerzeugnissen, sondern in Beschaffung des für die Anlage erforderlichen Geländes sowie in der Verpflichtung besteht, die Bahntransporte ausschließlich und dauernd durch den Eigentümer der Bahnanlage ausführen zu lassen. Nur soweit eine Pachtung vorliegt, greift die hier fragliche Formvorschrift Platz. Dagegen ist die Pachtung eines Restaurationsbetriebes in einem Zirkus während der Vorstellung der Formvorschrift nicht unterworfen, weil der Betrieb, nicht der Raum, Gegenstand des Geschäfts ist (Bolze 12 Nr. 271). Formlosigkeit gilt auch für einen Jagdpachtvertrag, weil er überhaupt keine Sachen zum Gegenstand hat (§ 835 Abs. 2 Satz 2 BGB., Art. 69, 71 Ziff. 6 EG. z. BGB.; RG. 51, 280) und folglich auch für Fischpacht fließenden Gewässers, obgleich dies von RG. 56, 84 bezweifelt wird. **§ 350.**

γ) Wohl aber fallen vermischte Geschäfte, zu deren Inhalt unter anderem auch die mietsweise Überlassung eines Lokals gehört, insoweit unter die Formvorschrift, z. B. das Mieten eines Geschäftslokals nebst Inventar (Bolze 21 Nr. 294), der Verkauf eines Geschäfts unter gleichzeitiger Vermietung der Geschäftsräume. Gleichgültig ist dabei, ob die Vermietung der Räume den Hauptgegenstand der Willenserklärung bildet oder nur einen nebensächlichen. Derjenige Teil des Geschäfts, der die Überlassung der Räume zum Gegenstande hat, unterfällt jedenfalls der Formvorschrift. Welchen Einfluß diese beschränkte Gültigkeit des auf längere Zeit geschlossenen Mietsvertrags auf das ganze kombinierte Geschäft ausübt, ist nur von Fall zu Fall zu beurteilen. Der § 139 BGB. ist dabei nicht anwendbar, d. h. es wird nicht im Zweifel das ganze Geschäft nichtig, da ja auch ein Teil nicht nichtig wird. Vielmehr läßt sich eine Regel darüber, ob das ganze Geschäft gültig bleibt oder hinfällig wird, hier nicht aufstellen. Anm. 31.

δ) Aufhebungen von Miet- und Pachtverträgen sind formlos gültig, nicht aber Änderungen; Dernburg (I § 140 VI u. II 2 § 216 VI) will erleichternde Abänderungen ohne Schriftform gelten lassen, nicht aber erschwerende (dagegen Tauber in Gruch. 49, 246). Nach anderer Ansicht (Buck in Gruch. 48, 723) sind alle nachträglichen mündlichen Änderungen gültig, bis eine Partei nach § 566 Abs. 2 BGB. kündigt; alsdann soll § 139 BGB. entscheiden, ob der Vertrag auch ohne die Änderung bestehen kann. Beide Ansichten führen zu Beseitigung des § 566 BGB. Ebenso wie bei Bürgschaft und bei Grundstücksveräußerung (oben Anm. 4, 20 u. 31) ist für nachträgliche Änderungen die Form des ursprünglichen Vertrags, also hier Schriftform, zu verlangen (a. M. 6./7. Aufl.).

h) **Anweisungen, deren Annahme und Übertragung** (§§ 783, 784, 792 BGB.). Hierüber s. § 363. Anm. 32.

i) **Verträge, durch die sich jemand verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Teil desselben zu übertragen,** oder mit einem Nießbrauch zu belasten, müssen gerichtlich oder notariell beurkundet werden (§ 311 BGB.). Diese Vorschrift ist für das Handelsrecht nicht ohne Bedeutung. Sie wird besonders praktisch bei der Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft (Anm. 15 § 303), auch bei der Übertragung eines Geschäfts, insbesondere einer o. H. G. (Anm. 20 u. 15 § 22) und bei fiduziarischer Übertragung (Exk. zu § 350 Anm. 14). Anm. 33.

k) **Schenkungsverträge** (§ 518 BGB.). Auch hier ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens erforderlich, und es wird nichts dadurch geändert, daß das Anm. 34

Digitized by Google

§ 350. Geschäft ein Handelsgeschäft ist (RG. in Holdheim 04, 130). Der Mangel der Form wird durch die Erfüllung geheilt, die aber zu Lebzeiten des Schenkers vollzogen sein muß (JW. 04, 337[3]), z. B. durch Übergabe des Sparkassenbuchs (OLG. Colmar DJZ. 03, 348; dagegen mit Unrecht OLG. Dresden SächsA. 13, 628, welches die in der Übergabe liegende Abtretungserklärung nicht beachtet). Die Erfüllung durch constit. poss. ist genügend. Die Annahme des Schenkungsversprechens bedarf keiner Form (RG. 15, 217; 26, 15; vgl. auch Exk. zu § 350 Anm. 9). Das Versprechen der Gründeraktionäre, nachträglich die Gründungskosten zu tragen, ist kein Schenkungsversprechen (RG. 59, 423); auch nicht die Übernahme einer Bürgschaft, wenn der Gläubiger dem zahlungsunfähigen Schuldner Stundung bewilligt (RG. Recht 03, 605[3073]), obgleich in der Sicherheitsleistung für einen Dritten eine Schenkung liegen kann (RG. 54, 282); auch nicht das Versprechen eines Beitrags zu wohltätigen oder dem Gemeininteresse dienenden Veranstaltungen; das ist ein fiduzierisches Geschäft (RG. 62, 391). Schenkungsweiser Schuldenlaß ist mündlich gültig (RG. 53, 294). Darüber, ob die Zusagen von Weihnachtsgeschenken oder Neujahrsgratifikationen an Handlungsgehilfen hiernach gültig sind, s. Anm. 34 zu § 59, sowie über Schenkungen an Vorstandsmitglieder einer AG. s. § 312 Anm. 12.

Anm. 35. 1) **Gewisse erbrechtliche Verträge**, die aber für das Handelsrecht ohne Bedeutung sind (§§ 312 Abs. 2; 2348; 2371 BGB.) und das Leibrentenversprechen (§ 761 BGB.); formfrei ist aber das elterliche Ausstattungsversprechen, das ein angemessenes Geldkapital zum Gegenstand hat (JW. 06, 462[17]).

Anm. 36. 3. **Einzelne Formvorschriften enthält auch das HGB.**: Einseitige Schriftlichkeit bei der Zeichnung der Aktien (§ 189 Abs. 2, § 323 HGB.), bei kaufmännischen Verpflichtungsscheinen (§ 363 HGB.), einseitige Schriftlichkeit bei der Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung der AG. (§ 252 Abs. 2), gerichtliche oder notarielle Form in den §§ 182, 188 Abs. 2, 190, 259 u. 321.

Anm. 37. 4. **Auch andere Reichsgesetze enthalten Formvorschriften.** So z. B. § 15 des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung für die Veräußerung von Geschäftsanteilen und die auf solche Veräußerung abzielenden Verträge (RG. 43, 138; 50, 43; 53, 107; 57, 414; 58, 223; RG. Holdheim 15, 114; JW. 06, 401[24]). § 93 Abs. 2 der Rechtsanwaltsgebührenordnung für die Vereinbarung höherer als der gesetzlichen Gebühren. Diese Formvorschriften gelten neben dem HGB. schon wegen Art. 2 Abs. 2 EG. z. HGB., und zwar auch für Handelsgeschäfte.

Anm. 38. **Die für gewisse Börsengeschäfte vorgeschriebene Auswechselung von Schlußscheinen ist dagegen keine Formvorschrift** (§§ 10, 19 RStempG.), da sie sich auf die Gültigkeit der Verträge nicht bezieht. Die Geschäfte sind auch ohne Schlußscheine verbindlich.

Anm. 39. 5. **Ferner bleibt es den Parteien überlassen, beliebig viele weitere Ausnahmen von der Regel der Formfreiheit zu machen und die Gültigkeit jedes ihrer Rechtsgeschäfte von der Beobachtung einer Form abhängig zu machen**, und zwar können sie dies in doppelter Weise tun, entweder so, daß in einem an sich gültig geschlossenen Rechtsgeschäft für spätere mit demselben in Verbindung stehenden sonstigen Rechtsgeschäfte, z. B. in einem Mietvertrage, für die Kündigung eine gewisse Form vorgeschrieben wird (Fall des § 125 Satz 2 BGB.) oder so, daß die Parteien, die über einen bestimmten Vertrag verhandeln, die Beurkundung des beabsichtigten Vertrages vereinbaren (Fall des § 154 Abs. 2 BGB.). Findet diese Beurkundungsabrede des § 154 Abs. 2 BGB. vor vollständiger Willenseinigung statt, so ist der Vertrag im Zweifel erst mit der Beurkundung geschlossen (§ 125 BGB.). Wird aber die Beurkundung erst nach völliger Einigung vereinbart, so kommen die Ausführungen in Anm. 56, 74, 75 unten über die Erfüllung der so vereinbarten Formen und die Folgen der Nichterfüllung zur Anwendung. Eine im geschlossenen Vertrag enthaltene Bestimmung, daß künftige Abänderungen des geschlossenen Vertrags nur in bestimmter Form gültig sein sollen, ist insofern bedeutungslos, als es die Parteien selbstverständlich in der Hand haben, abändernde Abreden formlos zu treffen. Doch greift in solchem Fall die Auslegungsregel des § 125 BGB. ein, d. h. im Zweifel ist die Gültigkeit von der Form abhängig. Natürlich

Digitized by Google

können nur solche Formen vereinbart werden, die das Rechtssystem überhaupt kennt (unten Anm. 74). Zu bemerken ist, daß, wo für den Vertrag eine Form vorgeschrieben ist, auch die Offerte dieser Form bedarf (Exk. zu § 361 und oben Anm. 20). **§ 350.**

6. **Derselben Form wie der Antrag bedarf auch die Abänderung** desselben (JW. 03 Beil. 108[240]; oben Anm. 4, 20, 31) nicht aber die Aufhebung (oben Anm. 24). Anm. 40.

7. **Der Vorvertrag,** pactum de contrahendo. (Lit.: Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse; Schloßmann in IheringJ. 45, 1) d. h. eine Willenseinigung dahingehend, einen Vertrag bestimmter Art abzuschließen, der kraft Gesetzes oder Vereinbarung einer bestimmten Form bedarf, unterliegt im allgemeinen keinen anderen Formregeln als der Haupt- oder Nachvertrag unterliegen würde (über Rechtsverbindlichkeit der Vorverträge überhaupt Exk. zu § 361). Im Augenblick der Erfüllung der Formerfordernisse des Hauptvertrags muß auch vollkommene Willenseinigung vorhanden sein (RG. 52, 433). Es gibt keinen Anspruch auf Vollziehung dieser Form, wenn das Gesetz nur dem in gehöriger Form ausgedrückten Willen Beachtung schenkt (vgl. RG. 56, 50; JW. 02, 611). So wenig mündliche Abänderungen eines formgerechten Grundstückskaufs Geltung besitzen und so wenig in demselben nicht aufgenommene mündliche Zusicherungen etwa aus Anstandspflichten erfüllt zu werden brauchen (oben Anm. 20), ebensowenig entsteht eine Rechtsverbindlichkeit daraus, daß ein Grundstück ohne die Form des § 313 BGB. eine bestimmte Zeit fest an die Hand gegeben oder an Nichtannahme der Offerte zu einem Grundstückskauf eine Vertragsstrafe oder ein Schadensanspruch geknüpft wird (RG. 53, 236, 257; JW. 06, 194[11]; OLG. Frankfurt Recht 02, 235[1224]). Dasselbe gilt, wenn der Vorvertrag über Miete oder Pacht eine längere Dauer bestimmt als ein Jahr; alsdann gilt der formlose Vorvertrag als auf ein Jahr abgeschlossen (Buck, Recht 05, 279; Helmer ebenda 466; OLG. Kiel 23. 7. 02 OLGR. 7, 19). Anders liegt die Sache bei den Vorgründungsverträgen (allerdings entgegen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung [hierüber § 182 Anm. 34f.; § 281 Anm. 10; vgl. RG. 57, 60 und RG. 25. 10. 05 in Holdheim 15, 17]) und da, wo das Gesetz, wie bei einem Vertrag über Wechselausstellung, mit Wahrung der Form nur eine besonders geartete Rechtspflicht verbindet, so daß trotz Vernachlässigung der Form eine Verpflichtung bestehen soll. Anm. 41.

Ein pactum de cedendo, d. h. ein Vertrag, durch den sich der Gläubiger verpflichtet, seine Forderung auf einen andern durch einen Rechtsakt zu übertragen, so daß erst mit dessen Vornahme der Rechtsübergang sich vollziehen soll, ist zwar formlos gültig. Allein bis zu diesem Akt bleibt er Gläubiger mit der Wirkung, daß er über die Forderung anderweit verfügen, die Forderung auch gepfändet werden kann, und sein Vertragsgegner im Konkurs keine Aussonderung sondern nur seine Ansprüche aus dem Vorvertrag als Konkursgläubiger geltend machen kann (RG. 54, 147).

Ein dinglicher Vorvertrag zur Einigung im Sinne des § 873 Abs. 2 BGB., also ein auf unmittelbare Wirkung gegen Dritte abzielendes Abkommen zum Zweck der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, der Belastung eines solchen mit einem Recht sowie zum Zweck der Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist begrifflich nicht möglich, weil ein solcher Vorvertrag mit dem Hauptvertrag zusammenfallen müßte. Dagegen sind nur mündliche Vorverträge, die auf formgerechte Bestellung der in solchen versprochenen dinglichen Rechte gerichtet sind oder die obligatorische Verpflichtung zum Rangrücktritt, zur Löschung usw. enthalten, gültig und klagbar. Ein solcher an sich zulässiger obligatorischer Vorvertrag braucht nur den Formerfordernissen zu entsprechen, die für den obligatorischen Vertrag selbst vorgeschrieben sind, z. B. der Form der Schenkung, des Schuldversprechens (RG. 48, 133; 50, 77; JW. 01, 383; Recht 01, 579; dagegen Putzler JW. 01, 387). Je nach dem rechtlichen Charakter des obligatorischen Vertrags ist also auch ein mündlicher Vorvertrag gültig (z. B. der obligatorische Vorvertrag zur Bestellung eines Pfandrechts an dem Geschäftsteil einer Gesellschaft m. b. H. [RG. 58, 223; JW. 04, 451[7]]), soweit nicht das Gesetz besondere Ausnahmevorschriften gibt. Solche Ausnahmevorschriften bestehen für die Vermögensübergabe (§ 311 BGB.), für den Grundstückskauf (§ 313 BGB.; RG. 53, 236), nicht aber für den Vorvertrag,

Digitized by Google

§ 350. durch den sich der eine Teil nur zum Erwerb eines Grundstücks, der andere sich aber nicht zur Veräußerung verpflichtet (JW. 05, 126[1]), für die Schenkung (§ 518 BGB.), Versprechen einer Leibrente (§ 761 BGB.), Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781 BGB.), Bestellung eines Erbbaurechts (§ 1017 BGB.), nicht aber für die Eingehung der Verpflichtung zur Abtretung einer Hypothekenforderung (RG. 54, 146). Ist ein dinglicher Vertrag mangels der Form ungültig, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß in der Eingehung des dinglichen Vertrags die persönliche Verpflichtung zur Bestellung des dinglichen Rechts in gültiger Form — also der obligatorische Vorvertrag — als das geringere liege. Darüber, ob die Über-nahme einer solchen obligatorischen Verpflichtung anzunehmen ist, entscheiden die besonderen Umstände des Falles, die einen solchen Willen ergeben können; war das Kausalgeschäft (z. B. Bürgschaft oder Schuldübernahme) auf Bestellung einer solchen dinglichen Sicherung gerichtet, so ist der Wille ohne weiteres klar.

Bestimmt der Vorvertrag rechtsgeschäftlich für den Hauptvertrag besondere Form, so bedeutet Nichtbeachtung dieser Form auch Nichtigkeit des Vorvertrags. Wird der Hauptvertrag nachher formlos abgeschlossen, so liegt darin regelmäßig ein Verzicht auf die im Vorvertrag ausgemachte Form.

II. Worin bestehen die einzelnen Formen?

Anm. 42. **A. Die gesetzlich vorgeschriebenen Formen:**

1. **Die Erteilung der schriftlichen Erklärung oder die einseitige Schriftform.** Dieselbe wird, wie gezeigt, insbesondere praktisch regelmäßig bei der Bürgschaft (oben Anm. 4), dem abstrakten Schuldversprechen (oben Anm. 11), dem Schuldanerkenntnis (oben Anm. 15), bei der Abtretung von Hypotheken und Grundschulden (oben Anm. 15), bei der Aktienzeichnung (oben Anm. 30) und bei der Erteilung der Vollmacht zur Stimmabgabe in der Generalversammlung (oben Anm. 36), bei der Anweisung, deren Annahme und Übertragung (oben Anm. 32). Die Form wird hier in der Weise erfüllt, daß der sich verpflichtende Teil die Verpflichtungserklärung schriftlich feststellt und dieses Schriftstück dem andern „erteilt", d. h. sie dem andern zugehen läßt, wozu Aushändigung, aber nicht Vorzeigung genügt, wie in 6./7. Aufl. mit Cosack BGB. I § 60a 3a angenommen wurde. Die Verpflichtungserklärung muß in die Verfügungsgewalt des Gegners gelangt sein (RG. 61, 415). Selbstverständlich muß die so erteilte schriftliche Erklärung von dem anderen Teil auch angenommen werden, sonst würde ja kein Vertrag vorliegen, aber die Annahmeerklärung bedarf eben keiner Form (§ 349 Anm. 2 und 4).

Anm. 43. a) Wie erfolgt nun die schriftliche Feststellung der Verpflichtungserklärung? Für deren Inhalt ist nichts vorgeschrieben. Kann also Bezug genommen werden auf eine andere Urkunde? Bejahend Liebental DJZ. 5, 297; allein der wesentliche Inhalt der nur in einer gewissen Form gültigen Willenserklärung muß aus der Urkunde selbst hervorgehen; daher ist eine Bezugnahme z. B. auf einen Briefwechsel nicht zulässig (RG. 57, 260). Die Urkunde muß nach § 126 BGB. eigenhändig von dem Aussteller durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sein. Des Handzeichens kann sich nicht nur der Schreibensunkundige sondern auch derjenige bedienen, der augenblicklich nicht schreiben kann oder nicht schreiben will.

Anm. 44. b) Es muß also eine Unterschrift und eine Unterzeichnung sein, d. h. diese muß den Text decken und abschließen, also unter der Urkunde stehen (RG. 57, 67. Nur bei der Wechselannahme genügt der auf die Vorderseite des Wechsels geschriebene Name oder die Firma des Bezogenen; Art. 21 Abs. 3 WO.). Ein nicht unterschriebener Nachtrag erfüllt diese Form nicht (RG. 36, 241). Ob aber die Unterschrift zeitlich der Abfassung des Textes vorausgeht oder nachfolgt, ist ohne Belang. Der Grundsatz des alten Rechts (RG. 15, 55; 27, 269; 32, 70), daß die Übergabe eines unterschriebenen Blanketts zum Zweck der Ausfüllung entsprechend der mündlichen Vereinbarung eine rechtsgültige schriftliche Erklärung darstellt, wenn die Ausfüllung dieser Verabredung gemäß erfolgt, gilt auch jetzt noch; im Augenblick der

Digitized by Google

Einsetzung des Namens ist die Urkunde fertig (RG. 57, 68; 58, 171; JW. 04, 196; 06, 187[1]; dagegen Riezler AzivPr. 95, 357; dafür Rehbein I 156). Wo die Beobachtung der Schriftform unmittelbar einen dinglichen Rechtsübergang zur Folge hat z. B. bei Abtretung einer Briefgrundschuld ist eine Blankoabtretung unwirksam (JW. 06, 388[14]). Mit Dernburg (I § 136 III 1) ist anzunehmen, daß auch Pseudonyme und Künstlernamen (Gruch. 31, 902) echte Unterschriften sind, auch bloße Vornamen z. B. bei vertrautem Verkehr und bei Landesherrn sowie deren Familienmitgliedern (Josef ArchZivPr. 94, 465) als Unterschrift genügen. Auch unleserliche Unterschriften genügen, wenn sie noch annähernd als Name des Ausstellers erkennbar sind. Über Firmenzeichnung s. §§ 17 Anm. 8, 126 Anm. 17, bei der Aktiengesellschaft § 233 Anm. 2. **§ 350.**

c) Sie muß eine Schrift sein. Stempelung und Faksimilierung ist im allgemeinen nicht zulässig, nur ausnahmsweise ist Faksimilierung zugelassen im § 793 BGB. bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber und im § 181 HGB. bei Unterzeichnung von Aktien und Interimsscheinen. Druck und Schreibmaschine genügen nicht. Dagegen ist es gleichgültig, von wem der Text der Urkunde geschrieben, und ob er überhaupt geschrieben oder gedruckt ist usw. (JW. 00, 469; 04, 196). Über Vordruck von Firmen § 108 Anm. 4. Anm. 46.

d) Sie muß eigenhändig ausgestellt werden. Der Aussteller darf sich eines andern als Werkzeug hierzu nicht bedienen (RG. 58, 387; JW. 04, 468). Ist er am Schreiben verhindert, so steht ihm der Weg der Handzeichen zu Gebote. Aber Unterzeichnung durch einen Vertreter ist zulässig (§ 167 Abs. 2 BGB.). Es fragt sich nun aber, welchen Namen der Vertreter zu unterschreiben hat. Nach unserer Ansicht darf er sowohl seinen eigenen, als auch den des Machtgebers unterschreiben. Denn stellt der Vertreter die Urkunde aus, so ist er Aussteller der Urkunde und gibt eine urkundliche Erklärung im Namen desjenigen ab, gegen den sie wirken soll. Es ist nur vorgeschrieben, daß der Aussteller „eigenhändig durch Namensunterschrift" zu unterzeichnen hat, es ist nicht vorgeschrieben, wessen Namensunterschrift zu leisten ist. Und es zwingt nichts zu der Annahme, daß der Vertreter nur seinen Namen, nicht den des Machtgebers unterzeichnen dürfe; nur muß natürlich die Vollmacht sich auch auf die Unterzeichnung des Namens des Machtgebers erstrecken, was z. B. bei der Prokura und der Handlungsvollmacht nach §§ 51, 57 HGB. zweifellos der Fall ist. In diesem Sinne hat sich auch RG. 50, 51 (dort auch Zusammenstellung der Literatur) und 58, 388 ausgesprochen, übereinstimmend mit dem Standpunkt des alten Rechts (ROHG. 5, 273; RG. 4, 307; 30, 406). Der Besorgnis, daß nur der Ausschluß des fremden Namens die Verschleierung des wahren Sachverhalts verhüte, ist entgegenzuhalten, daß gerade bei einseitigen Urkunden wie bei Wechselakzepten dieser Ausschluß den redlichen Empfänger gefährden würde, der die Echtheit der Unterschrift nicht nachprüfen kann. Dieselben Erwägungen müssen aber auch zu der Annahme führen, daß ein Bevollmächtigter für den von ihm Vertretenen die Urkunde mit seinen Handzeichen wirksam versehen kann, wozu alsdann noch gerichtliche oder notarielle Beglaubigung kommen muß. Dagegen ist das Erfordernis der Eigenhändigkeit sowohl auf die Unterzeichnung mit Namen als auch mittels Handzeichens zu beziehen (RG. 50, 57). Es ist also nicht zulässig, daß der Aussteller das von dritter Hand unter die Urkunde gesetzte Handzeichen fälschlich als sein eigenes beglaubigen läßt; so auch Goldmann-Lilienthal I § 41 Fußnote 21 u. 56 gegen Hölder § 129 Anm. 1 und Jastrow, Formularbuch I 70, II 2.

e) Hinzugefügt mag hier werden, daß die Vollmacht zur Abgabe schriftlicher Erklärungen in mündlicher Form gültig ist (§ 167 Abs. 2 BGB.), desgleichen die Zustimmung (§ 182 BGB.). Anm. 47.

f) Es ist ferner zu erwähnen, daß die gesetzliche Schriftform nicht gewahrt wird durch telegraphische Übermittlung der Willenserklärung, auch wenn die Urschrift von dem Absender unterschrieben ist. Das ergibt sich aus § 127 BGB. Auch die Briefform ist gemäß diesem § 127 BGB. für die Wahrung der schriftlichen Form nicht gestattet, gleichwohl gilt die Form als gewahrt, wenn der Brief den Erfordernissen des § 126 entspricht (über die Briefform bei zweiseitiger Schriftlichkeit s. unten Anm. 53). Anm. 48.

Digitized by Google

§ 350. Anm. 49. g) Endlich ist im Hinblick auf die bisherigen landesgesetzlichen Formvorschriften zu erwähnen, daß für Blinde und Taubstumme, für Analphabeten, für Personen, die der Sprache nicht mächtig sind, in welcher die Urkunde abgefaßt ist, keine besonderen Formvorschriften gelten. Daß solchen Personen die allgemeinen Anfechtungsgründe wegen Irrtums usw. zustehen, ist selbstverständlich (Rehbein I 157; Berger in Gruch. 45, 207).

Anm. 50. 2. **Der schriftliche Vertrag oder die zweiseitige Schriftlichkeit.** Sie wird praktisch bei den Mietverträgen über Grundstücke und Räume (oben Anm. 28). Die zweiseitige Schriftlichkeit erfordert:

a) Eigenhändige Unterzeichnung durch Namensunterschrift, wie bei der einseitigen Schriftform. Es greift daher hier dasselbe Platz, was oben Anm. 42ff. auseinandergesetzt ist, insbesondere darüber, daß die Unterschrift, nicht auch der Text geschrieben sein muß, daß sie sich als Unterschrift darstellen, also den Text decken muß, daß sie eigenhändig vom Aussteller geleistet sein muß, und was aus diesem Erfordernis für die Unterzeichnung durch Vertreter folgt. Es muß ferner auch hier hinzugefügt werden, daß die Vollmacht und die Zustimmung formlos gültig sind (oben Anm. 47).

Anm. 51. b) Außerdem muß die Unterzeichnung der Parteien entweder auf derselben Urkunde erfolgen, oder es muß jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnen.

Anm. 52. c) Endlich aber müssen die Parteien sich ihre schriftlichen Erklärungen gegenseitig zugänglich machen und zwar nach den allgemeinen Vorschriften über das Zustandekommen der Verträge. Es ist zur Perfektion des Vertrags erforderlich, daß die Willensübereinstimmung erfolgt und daß außerdem der Inhalt der Willensübereinstimmung schriftlich niedergelegt wird. Das erste Erfordernis wird hier betont. Es sind hierfür die §§ 145ff., 130ff. BGB. maßgebend, d. h. es müssen Antrag und Annahme so ausgetauscht werden, wie dies zum Zustandekommen eines jeden Vertrages erforderlich ist. Werden daher die Unterschriften unter Anwesenden geleistet, so wird der Vertrag mit der Unterzeichnung aller auf der einen oder der jeder einzelnen Partei auf der für die andere Partei bestimmten Urkunde wirksam. Sind aber die Parteien abwesend, so muß die Unterschrift jeder Partei der anderen „zugehen" (JW. 02 Beil. 190). Wie bei der einseitigen Schriftform hierzu für erforderlich und für genügend erachtet wurde, daß das vom Aussteller unterschriebene Schriftstück dem anderen Teil ausgehändigt oder in seine Verfügungsgewalt gebracht wird, so muß hier für genügend erachtet, aber auch gefordert werden, daß das Schriftstück, nachdem es von dem einen Teil unterschrieben ist, dem anderen Teil ausgehändigt oder in seine Verfügungsgewalt gebracht wird. Es kann Goldmann-Lilienthal (I § 41 Fußnote 24) nicht beigetreten werden, wenn sie sich damit begnügen, daß der Unterzeichner von der Tatsache der Unterzeichnung dem anderen in irgendwelcher Form Mitteilung macht; dadurch geht ihm die schriftliche Erklärung nicht zu. Es muß mit Rehbein (I 222b) ein Austausch der beiderseitigen Urkunden in Urschrift gefordert werden (JW. 02 Beil. 190; Recht 02, 148; a. M. 6./7. Aufl.). Die Vertragsannahme, d. h. die Übersendung des Gegenexemplars muß nach § 147 BGB. rechtzeitig erfolgen.

Anm. 53. d) Über Telegraphie und Briefwechsel gilt hier folgendes: Daß telegraphische Übermittlung nicht genügt, geht aus § 127 BGB. deutlich hervor (a. M. Dernburg I § 136 III 7). Die in § 127 BGB. für die gewillkürte Schriftform gegebene Bestimmung, daß Briefwechsel die Form erfüllt, ist auf den Fall der gesetzlichen Schriftform nicht ausgedehnt. Es genügt nicht, daß der Verpflichtungswille erst aus dem Zusammenhange mehrerer Schriftstücke erkennbar wird, sondern es soll sich dieser Wille unbeschadet der Auslegung in seinen wesentlichen Teilen unmittelbar aus dem Schriftstück ergeben, durch dessen Abfassung der Form nachgekommen werden soll (RG. 51, 113; 57, 262; JW. 04, 232[4]; a. M. 6./7. Aufl. u. Goldmann-Lilienthal I § 41 Fußnote 26—28). Daher erfüllt weder Briefwechsel die gesetzliche Schriftform noch auch die Auswechslung gleichlautender Bestätigungsschreiben (RG. 59, 245). Es ist somit nicht ausreichend, wenn der Vermieter

Digitized by Google

schreibt: „Ich vermiete Ihnen meine Wirtschaft unter folgenden Bedingungen", der Mieter dagegen: „Ich miete Ihre Wirtschaft unter folgenden Bedingungen". Anders liegt die Sache, wenn der Empfänger eines brieflichen Antrags sich unter demselben einverstanden erklärt und diesen Brief dem Antragenden ausfolgt; dann ist dem § 126 BGB. entsprochen (oben Anm. 52). § 350.

3. **Gerichtliche oder notarielle Beurkundung** (§ 128 BGB.; §§ 167 ff., 182 FGG.; § 29 GBO.; Lit.: Dorner, Das RG. über das FGG.; Fuchs, Grundbuchrecht 05). Der § 128 BGB. hat die selbständige Beurkundung zweier sich deckender Vertragserklärungen zum Gegenstand (RG. 52, 437). Die Beteiligten müssen persönlich oder durch Bevollmächtigte vertreten vor Gericht oder Notar erscheinen und ihre Erklärungen abgeben. Geben die Parteien nicht gleichzeitig ihre Erklärungen in derselben Urkunde ab, so muß der Antrag dem Annehmenden zugegangen und die Annahme rechtzeitig erfolgt sein (§ 152 BGB.). Gleichzeitige Anwesenheit und Erklärung beider Parteien (vor dem Grundbuchamt) ist nur für die Auflassung eines Grundstücks (§ 925 BGB.), für die Bestellung eines Erbbaurechts (§ 1015 BGB.) und andere hier nicht interessierende Fälle der §§ 1434, 1750 Abs. 2, §§ 1770, 2276, 2290 Abs. 4, § 2231 Nr. 1, § 2238 BGB. vorgeschrieben. Vollmacht und Zustimmung bedürfen keiner Form (oben Anm. 47). Wesentlich ist die in das Protokoll (also nicht etwa darf dies in einer Anlage geschehen) aufzunehmende Feststellung, es sei das Protokoll und zwar einschließlich Ort und Zeitangabe (RG. 50, 218) und der im Protokoll bezogenen Protokollanlagen (RG. 54, 195; 61, 145) vorgelesen, genehmigt und von den Beteiligten unterschrieben (JW. 04, 144[15]). Die Abkürzung v. g. u. für vorgelesen, genehmigt, unterschrieben ist zulässig (RG. 53, 150). Dieser den Unterschriften eigentlich vorzusetzende Vermerk kann durch eine unterhalb der Unterschriften der Beteiligten befindliche Beurkundung des die Verhandlung aufnehmenden Beamten ersetzt werden (RG. 62, 1; JW. 06, 210[36]); die entgegenstehende Ansicht (JW. 05, 541[23]) wurde aufgegeben. Nicht unerläßlich ist es, daß die Person des amtierenden Beamten in dem Protokoll selbst ausdrücklich aufgeführt wird, wenn sich diese aus seiner Unterschrift klar ergibt (JW. 06, 53[3]). Als wirksam wurde eine Auflassungsbeurkundung nach § 925 BGB. noch anerkannt in einem Falle, in welchem die Parteierklärungen zwar vor dem Gehilfen des Grundbuchbeamten abgegeben, diese so aufgenommenen Erklärungen aber auf Vorlesen vor dem Grundbuchbeamten genehmigt wurden und von diesem mit den Beteiligten das Protokoll unterzeichnet worden war (RG. 61, 89). Weiteres überschreitet den Rahmen dieses Kommentars. (Über die Form der Generalversammlungsprotokolle einer AG. vgl. § 259 Anm. 1 ff.) Anm. 54.

I. **Zu bemerken ist, daß die schriftliche Form ersetzt werden kann durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung** (§ 126 Abs. 3 BGB.), ebenso wie die gerichtliche und die notarielle Beurkundung durch die die meisten Garantien bietende Form des gerichtlichen Prozeßvergleichs gedeckt wird (oben Anm. 2). Hierin drückt sich ein Rechtsgrundsatz aus und zwar dahin, daß die niederere Form immer gedeckt wird durch die höhere. Anm. 55.

B. **Ist die Form rechtsgeschäftlich vorgeschrieben,** so gelten im Zweifel dieselben Vorschriften. Das ist im § 127 BGB. zwar nur für die schriftliche Form gesagt, gilt aber in gleicher Weise auch für die sonstigen Formen. Indessen soll die telegraphische Übermittlung für die rechtsgeschäftlich bestimmten schriftlichen Formen genügen, sowohl bei der einseitigen Schriftlichkeit als bei der zweiseitigen, falls nicht etwa die Parteien etwas anderes vereinbart haben. Das Telegramm braucht nicht unterschrieben zu sein (Goldmann-Lilienthal I § 41 Fußnote 31, 32; Rehbein §§ 125 ff. Anm. IV 2; dagegen Cosack BürgerlR. I § 60 e III, § 60 a 3 a). Daher genügt auch die Übermittlung mittels Fernbruckers (Sames DJZ. 04, 1180). Ebenso genügt bei einseitiger Schriftlichkeit die Briefform, die ja auch bei der gesetzlich vorgeschriebenen einseitigen Schriftlichkeit genügt (oben Anm. 48). Hier soll sie aber auch bei zweiseitiger Schriftlichkeit genügen (§ 127 BGB.). Auch genügt es, daß der eine Teil telegraphiert, der andere schreibt. Jeder Teil kann nachträglich vom Gegner eine von diesem eigenhändig ausgestellte Urkunde verlangen (§ 127 BGB.). Anm. 56.

Digitized by Google

§ 350. Anm. 57. Alle diese Vorschriften sind zwar nur für den Fall gegeben, daß durch ein gültiges Rechtsgeschäft im voraus bestimmt ist, welche Formen die daran sich schließenden Rechtsakte haben sollen (Fall des § 125 Satz 2 BGB.), die Vorschriften des § 127 sind aber entsprechend anwendbar auf den Fall des § 154, in welchem die Parteien bei den Unterhandlungen über einen Vertrag vereinbaren, daß der beabsichtigte Vertrag beurkundet werden soll: Auch hier ist im Zweifel anzunehmen, daß die gesetzlichen Formen zu beobachten sind, auch hier ist im Zweifel anzunehmen, daß die telegraphische Übermittlung genügt und bei Verträgen der Briefwechsel sowie der Wechsel von Telegramm und Brief (vgl. oben Anm. 39 u. 41).

III. Die Folgen der Beobachtung der Form.

Anm. 58. A. Die Hauptfolge der Beobachtung der Form ist die Gültigkeit des Geschäfts. Trotz seiner Selbstverständlichkeit hat dieser Satz formale Folgen von Bedeutung (hierüber unten Anm. 69). Aber die Abfassung eines Geschäfts in formeller Weise hat auch noch eine andere Bedeutung.

Anm. 59. B. **Das formell abgefaßte Geschäft hat die Vermutung der Vollständigkeit für sich.**

1. **Der rechtliche Grund dieses Rechtssatzes.** Wird eine Erklärung schriftlich erteilt und angenommen, wird gar ein Vertrag in zweiseitiger Schriftlichkeit festgestellt, und beurkundet, oder wird endlich gar ein Vertrag notariell oder gerichtlich beurkundet, so muß nach der Erfahrung des Verkehrs für die Regel angenommen werden, daß die beurkundeten Erklärungen den vereinbarten Inhalt des Rechtsgeschäfts vollständig enthalten, den letzten entscheidenden Willen der Parteien richtig und vollständig wiedergeben (JW. 02, 319); denn die Niederschrift eines Vertrags ist die endgültige Zusammenfassung und Festlegung dessen, was die Parteien gewollt haben (RG. 52, 25). Die Beurkundung hat doch den Zweck, die Vereinbarung so festzustellen, daß ein Streit über ihren Inhalt möglichst ausgeschlossen und in viel höherem Maße vermieden werde, wie dies bei der bloß mündlichen Vereinbarung möglich ist. Worte verfliegen (scripta manent). An Stelle des gesprochenen Wortes, welches dem Gedächtnis entschwindet, der Ausdeutung unterliegt, ist das Geschriebene gesetzt. Zeigt dieses Abweichungen vom ersten, so spricht nach den Erfahrungen des Verkehrs die Vermutung zunächst dafür, daß die Parteien schließlich so einig geworden sind, wie die Urkunde lautet, und daß sie das, was etwa im Widerspruch mit dem Inhalt der Urkunde hin und her geredet worden ist, nicht haben aufrecht erhalten wollen (RG. 52, 25).

Anm. 60. Nun ist allerdings der Satz, daß das formal abgefaßte Geschäft die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich hat, weder vom BGB., noch vom HGB. ausgesprochen. Aber die frühere Rechtsprechung (ROHG. 16, 191; Bolze 16 Nr. 234) hat immer so erkannt; er entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen und vernünftiger Auffassung des Rechtslebens (vgl. die in § 8 Art. 317 der 5. Aufl. angegebene Rechtsprechung und jetzt RG. 52, 25; 54, 176; 58, 69; JW. 03 Beil. 124; Mot. z. BGB. I 184; Neumann, Handausgabe § 125 Anm. IV). Daher muß als Regel gelten, daß der, welcher einen gegenüber dem Wortlaut beschränkteren Vertragsinhalt behauptet, dafür die Beweislast trägt (JW. 05, 640[2]).

Anm. 61 2. **Aus diesem Grundsatze ergeben sich als Rechtsfolgen:**

a) Vorherige Besprechungen, selbst vorherige Abreden, gelten als schließlich fallen gelassen (ROHG. 10, 103; 16, 191; Bolze 6 Nr. 316). Auch von solchen Besprechungen und Abreden, die in die Zeit der Beurkundung selbst fallen, gilt dies. Erfahrungsgemäß wird auch hier während der schriftlichen Fixierung von Vereinbarungen viel hin und her gesprochen und verabredet; aber die Erfahrung lehrt auch, daß regelmäßig solche gleichzeitige Besprechungen als schließlich fallen gelassen gelten, wenn sie in den Akt der Beurkundung nicht aufgenommen sind (RG. 52, 26). Umgekehrt werden bei mündlichem oder telegraphischem Abschluß nebensächliche Vertragsbestimmungen häufig ausgelassen, in die übliche, beiderseits nach Handelsbrauch in Aussicht genommene nachträgliche Bestätigung aber aufgenommen. Hier muß der Empfänger des Bestätigungsschreibens, falls er den abweichenden Inhalt des

Digitized by Google

Schreibens nicht genehmigen will, rechtzeitig widersprechen; er darf nicht schweigen (RG. 58, 70). § 350.
Auch muß man einen Geschäftsmann für verpflichtet erachten, sich über den Inhalt einer Urkunde, die für ihn rechtserhebliche Tatsachen feststellen soll, zu versichern, ehe er sie mit seiner Unterschrift versieht (RG. 54, 182). Besonders werden diese Grundsätze praktisch bei den Bestätigungsschreiben (hierüber § 346 Anm. 14 u. Exk. zu § 372).

b) Doch ist der Gegenbeweis zulässig, daß solche vor oder bei Abschluß getroffenen Anm. 62.
Abreden trotz Nichtaufnahme in die Urkunde gelten sollen. Es sind in diesem Falle Umstände nachzuweisen, wonach die Abrede trotz der Nichterwähnung in der Urkunde gelten sollte; der bloße Beweis, daß die Abrede vorher oder nebenher getroffen wurde, reicht nach Anm. 60 f. gerade nicht zu (ROHG. 11, 433; 17, 227; Bolze 16 Nr. 234; 21 Nr. 286; JW. 97, 88; JW. 03 Beil. 124[274]); es muß erkennbar gemacht sein, daß die Parteien entgegen der Vermutung der Vollständigkeit der Urkunde und trotz der Auslassung an dem nur mündlich Besprochenen festhalten wollten. Dies wird z. B. deutlich, wenn eine Partei die Nichtaufnahme durch ihre Zusicherung veranlaßt hat, sie werde die Nebenabrede auch so halten (JW. 04, 55[7]; 06, 108[6]). Selbstverständlich hat die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des urkundlichen Parteiwillens nur Geltung, wenn solche mündliche Nebenabreden in Widerspruch stehen mit dem klaren und zweifelsfreien Inhalt der Urkunde, so daß eine Auslegung des Urkundeninhalts auf Grund außerhalb derselben liegenden Umstände nicht in Frage kommt (JW. 06, 349[6]). Bedarf es jedoch der Ermittelung eines unklaren Punktes der Urkunde nach Sinn oder Tragweite, so kann ein Zurückgreifen auf zur Klarstellung dienende mündliche Abreden nicht versagt werden (RG. 62, 49; JW. 06, 11[7]; unten Anm. 68).

c) Wird dieser Gegenbeweis geführt, so hat dies eine verschiedene Folge, je nach- Anm. 63.
dem es sich um eine gesetzlich vorgeschriebene Form oder um eine von den beiden Parteien bestimmte Form oder lediglich um eine tatsächlich angewendete Form handelt.

α) Ist die Form gesetzlich vorgeschrieben, so wird durch die Führung des zu b gedachten Anm. 64.
Gegenbeweises der Vertrag im Zweifel nichtig. Gleichgültig ist dabei, ob es sich um Haupt- oder Nebenpunkte handelt. Denn nach § 154 BGB. ist der Vertrag im Zweifel solange nicht zustande gekommen, bis sich die Parteien über alle die Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur der einen Partei eine Vereinbarung getroffen werden sollte (RG. 51, 113; 57, 260). Diese Einigung muß, wenn eine Form gesetzlich vorgeschrieben ist, in dieser Form erfolgen. Daher ist die Zusicherung einer Eigenschaft eines Grundstücks auch dann noch erheblich, wenn die Zusicherung nach der Willenseinigung über den Verkauf des Grundstücks, aber vor der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Kaufvertrags gegeben worden ist, und diese Beredung für die Entschließung des Käufers von Einfluß war; denn die Einigung ist erst bindend, wenn sie in der gesetzlichen Form erfolgt ist (RG. 54, 222). Diese Regel soll nun aber nur im Zweifel gelten. Es ist also die Replik zulässig, daß der beurkundete Vertrag trotz der Nichtaufnahme eines Punktes, über den eine Einigung vorher oder nebenher getroffen worden ist, gelten solle. Aber dann darf dieser Punkt natürlich nur ein Nebenpunkt sein, d. h. entbehren einzelne Bestandteile der gesetzlichen Form, und ist anzunehmen, daß der Vertrag, so wie er in der gesetzlichen Form aufgenommen ist, auch ohne diese Bestandteile beiderseits geschlossen worden wäre (§ 139 BGB.), so ist der Vertrag ohne diese Nebenpunkte zustande gekommen (RG. 52, 4). Wird dagegen nachgewiesen, daß auch das mündlich Gesprochene neben dem Beurkundeten Geltung haben sollte, so ist damit zugleich der Nachweis erbracht, daß der wahre Vertrag überhaupt nicht in der gesetzlichen Form vorliegt, und daher die Folgen fehlender Form den ganzen Vertrag erfassen. So ist z. B. ein nicht vollständig in Schriftform vorliegender auf längere Zeit als ein Jahr geschlossener Mietvertrag über ein Grundstück als ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Mietvertrag zu behandeln (JW. 06, 343[5]), während ein Veräußerungsvertrag über ein Grundstück seinem ganzen Inhalt nach nichtig ist, wenn ein Bestandteil, ohne den der Vertrag nicht geschlossen worden wäre (RG. 51, 180;

Digitized by Google

§ 350. 52, 4), entgegen § 313 BGB. nur mündlich oder in Privatschrift verabredet worden ist (JW. 06, 108[6]; 537[1]). Mangelnde Aufnahme eines wesentlichen Punktes, z. B. der Höhe der Gegenleistung, vernichtet also den Vertrag (JW. 06, 548[14]). Über jenen Nebenpunkt dagegen gelten dann die gesetzlichen Vorschriften als naturalia negotii. Das Gleiche gilt, wenn die Parteien den Vertrag als geschlossen ansehen, obgleich sie sich über einen Punkt nicht geeinigt haben (§ 155 BGB.) oder, obgleich sie sich über einen Punkt zwar geeinigt, denselben aber dem formellen Vertrag nicht einverleibt haben. Dieser Fall wird meist vorliegen. Die Parteien sehen in solchem Falle den beurkundeten Vertrag als geschlossen an, kein Teil denkt daran oder hat ein Interesse, den Vertrag wegen der Auslassung des Nebenpunktes als nichtig zu betrachten, sie behandeln demgemäß den Vertrag als geschlossen, handeln demgemäß; nur wenn es sich um den nicht aufgenommenen Nebenpunkt handelt, will derjenige, dessen Interesse hierbei berührt wird, diesen Nebenpunkt trotz seiner Nichtaufnahme in den Vertrag zur Geltung bringen. Das ist aber nach § 155 BGB. nicht angängig. Vielmehr gilt in solchem Falle das urkundlich Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde, wie er niedergeschrieben ist, und über die nicht beurkundeten Punkte gelten die gesetzlichen Bestimmungen (Goldmann-Lilienthal I § 41 V 1). Über die §§ 154 f. BGB. s. Erk. zu § 361.

Anm. 65. β) Ist die Form von beiden Parteien bestimmt, sei es, daß sie durch ein vorhergegangenes Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist (§ 125 Abs. 2 BGB.) oder bei dem Abschlusse eines Vertrages seine Beurkundung vereinbart wurde (§ 154 Abs. 2 BGB.), so hat die Führung des oben Anm. 62 gedachten Gegenbeweises den Erfolg, daß die Abrede neben dem Vertrage gilt. Denn der Gegenbeweis ist ja nur in der Weise zulässig, daß die Abrede neben dem beurkundeten Vertrage gelten solle, und bei einer auf dem Willen der Parteien beruhenden Form haben es die Parteien in der Hand, diese Abweichung zu bestimmen (s. auch oben Anm. 39).

Anm. 66. γ) Ist die Form nur tatsächlich angewendet, ohne gesetzlich oder rechtsgeschäftlich bestimmt zu sein (z. B. wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes dem Gläubiger eine schriftliche Bürgschaftsurkunde übersendet, ohne daß die Urkunde verlangt wurde; oder wenn zwei Parteien einen Kaufvertrag über 1000 Mille Zigarren in zweiseitiger Schriftlichkeit beurkunden), so gilt das nebenher mündlich Vereinbarte selbstverständlich ebenfalls daneben.

Anm. 67. d) Die Vermutung der Vollständigkeit der Urkunde greift dann nicht Platz, wenn nicht eine richtige Beurkundung, d. h. nicht die Errichtung einer präsumtiv alle Bedingungen umfassenden Urkunde vorliegt, wenn z. B. nach vorhergegangener mündlicher Verhandlung eine bloße Akzeptation brieflich erklärt ist (RGG. 25, 306). Bleistiftvermerke auf einer sonst ganz mit Tinte geschriebenen Urkunde machen sie regelmäßig nicht zu einer unvollständigen, weil nicht zu unterstellen ist, daß die Parteien eine in dauerhaften Schriftzeichen gefertigte, sonst vollständige Urkunde durch so leicht zu beseitigende oder hinzuzufügende Zeichen wieder in Frage stellen lassen wollen (RG. 60, 430; JW. 05, 404[33]).

Anm. 68. e) Ganz verschieden von dieser Frage ist die, ob zum Zwecke der Auslegung der urkundlich feststehenden Willenserklärung auf die vorgängigen oder gleichzeitigen mündlichen Besprechungen und Abreden zurückgegangen werden kann. Diese Frage ist einfach zu bejahen (RGG. 2, 187; 5, 29; Bolze 16 Nr. 316 f.; JW. 06, 543[7]). Es besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen mündlichen Besprechungen, die den Inhalt des in der Urkunde Niedergelegten nur klarstellen, und solchen mündlichen Nebenabreden, die sich mit dem klaren Inhalt der Urkunde in Widerspruch setzen (RG. 52, 26; 57, 408). Deshalb ist es der Auslegung nicht verwehrt, und zwar selbst im Fall gerichtlicher oder notarieller Beurkundung, außerhalb der Urkunde liegende Umstände und Erklärungen zu verwerten, sobald der rechtsgeschäftliche Wille aus der Urkunde in der Hauptsache zu entnehmen ist (RG. 59, 219; JW. 05, 47[15]); nur darf sich die Auslegung nicht mit dem in Widerspruch setzen, was in der

Digitized by Google

Urkunde, wenn auch nur unvollkommen, Ausdruck gefunden hat (RG. 17, 143; JW. 01, 142[9]). § 350. Daher kann nicht durch Bezugnahme auf mündliche Verabredungen einer der gesetzlichen Schriftform genügenden Urkunde ein Inhalt gegeben werden, der nicht im Weg der Auslegung als in der Urkunde ausgedrückt zu finden ist (RG. DJZ. 04 Beil. 813). Hinsichtlich der Bürgschaftsurkunden insbesondere s. oben Anm. 5; RG. 59, 218; 62, 172. So muß beim Grundstückskauf der Kaufpreis aus der Urkunde hervorgehen (JW. 06, 548[14]); bei einer Belegung desselben mit Hypotheken müssen auch diese Hypotheken bezeichnet sein; dagegen genügt es, wenn deren Rang und die belasteten Grundstücke sich durch Auslegung, also durch mündliche Erklärungen, ermitteln lassen (RG. 57, 166; JW. 04, 55[6]). Besteht daher auch nur die Möglichkeit, daß die Urkunde so verstanden werden kann, wie es ein Teil behauptet, z. B. weil ihm angeblich der Gegner einen bestimmten Ausdruck in einem bestimmten Sinn erläutert habe, so ist diese Beweisantretung zuzulassen (JW. 06, 11[7]; 226[9]). Mit der Vermutung der Vollständigkeit der Urkunden läßt sich einer solchen Beweisantretung nicht begegnen (RG. 62, 49).

f) Eine wiederum ganz verschiedene Frage ist die nach der Beweiskraft einer vom Aussteller unterzeichneten Urkunde. Anm. 69. Wer durch seine Unterschrift nicht gebunden sein will, muß der Urkunde gegenüber beweisen, daß sie seine Erklärung nicht darstellt, weil er seine Unterschrift nicht zum Zweck der Verpflichtung gegeben hat, oder weil der Text ohne seinen Willen mit unrichtigem Inhalt über seine Unterschrift gesetzt worden ist (§§ 416, 439 f. CPO.; RG. 57, 68), oder weil die unterschriebene Erklärung zwar äußerlich gewollt, der Wille in Wirklichkeit aber wegen Zwangs, Betrugs, Irrtums nicht vorhanden war (RG. 5, 386; JW. 99, 574[7]). Selbst Eideszuschiebung gegen die Richtigkeit und Wirksamkeit der unterschriebenen Erklärung ist dahin zulässig, daß durch die gewählte Schriftform ein anderes, tatsächlich abgeschlossenes Geschäft beurkundet werden wollte (JW. 06, 142[17]). Zur Ablehnung solcher Beweisanträge gehört die Feststellung, daß das Gegenteil als erwiesen anzusehen ist (RG. 15, 375).

IV. Folgen der Nichtbeobachtung der Form.

1. a) Wird die gesetzliche Form nicht beobachtet, d. h. wird das Geschäft in seinen Anm. 70. wesentlichen Punkten ohne die vorgeschriebene Form abgeschlossen, so liegt Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vor (§ 125 BGB.; RG. 51, 180; 52, 4). Auch durch formlose Genehmigung wird es nicht gültig; denn die formlose Zustimmung zu einem wegen Formlosigkeit nichtigen Geschäfts ist wirkungslos (JW. 03, Beil. 42[87]). Daran ändert § 182 Abs. 1 u. 2 BGB. nichts. Dieser setzt ein formell gültiges Rechtsgeschäft voraus, das zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung eines Dritten bedarf. Es gibt auch keinen Verzicht auf die im öffentlichen Interesse gegebene Formvorschrift. Deren Nichteinhaltung ist von Amts wegen zu beachten (RG. 61, 264; JW. 05, 639[4], vgl. 06, 537[1]; abw. OLG. Dresden SächsOLG. 26, 498). Grundsätzlich heilt sogar Erfüllung des formlosen Vertrags den Formmangel nicht. Das auf Grund des nichtigen Geschäfts Gezahlte, z. B. Anzahlung auf die einseitige notarielle Offerte zu einem Grundstückskauf (RG. DJZ. 06, 542) kann nach § 812 BGB. zurückgefordert werden, wenn nicht der Leistende im Bewußtsein des Fehlens der Form und deren rechtlichen Bedeutung erfüllt hat (§ 814 BGB.; vgl. RG. 56, 387; 62, 411); selbst für kaufmännische Kreise gibt es keine Anstandspflicht, den Formmangel nicht geltend zu machen (RG. 43, 140; 50, 48).

b) Das BGB. macht aber Ausnahmen von diesen Grundsätzen: nach § 566 BGB. Anm. 71. hat der Mietsvertrag über ein Grundstück, wenn er auf mehr als ein Jahr geschlossen ist, beschränkte Wirkung (oben Anm. 28). Nach § 1154 BGB. wird die für die Abtretung von Briefhypotheken vorgeschriebene Form der schriftlichen Erteilung durch Eintragung in das Grundbuch ersetzt (oben Anm. 25). Nach §§ 518 Abs. 2, 2301 BGB. wird der Formmangel des Schenkungsversprechens durch Bewirkung der Leistung geheilt (oben Anm. 34). Nach § 766 BGB. wird der Formmangel der Bürgschaft durch Erfüllung der Bürgschafts-

Digitized by Google

§ 350. verbindlichkeit gehoben (§ 349 Anm. 6). Endlich deckt die höhere Beurkundungsform immer die niederere (oben Anm. 55), also diejenige des Prozeßvergleichs alle anderen (oben Anm. 2).

Anm. 72. c) Außerdem machen Auflassung und dazu kommende Eintragung den formlosen Veräußerungsvertrag über ein Grundstück (oben Anm. 20ff.) nach § 313 Abs. 2 BGB. gültig. Dazu gehört beim Tausch, daß beide Grundstücke aufgelassen sind (RG. 56, 368) und beim Kauf, daß das ganze Grundstück, oder, wenn mehrere Grundstücke zu einheitlichem Kaufpreis veräußert sind, alle Grundstücke aufgelassen (RG. 16, 268; 56, 386; JW. 04, 169[9]; dagegen SeuffA. 58 Nr. 207; Dernburg III § 90 Anm. 8) und bei der Eintragung, die keiner Auslegung zugänglich ist, richtig bezeichnet werden (RG. 60, 338). Sind diese Formerfordernisse erfüllt, so genügt auch die Auflassung an einen vom Käufer bezeichneten Dritten (RG. 50, 165; Rehbein II 162). Hat der Verkäufer das Grundstück nicht seinem Vertragsgegner, den Käufer, sondern an dessen Abkäufern unmittelbar aufgelassen, so heilt diese Auflassung sowohl den zwischen dem Verkäufer und Käufer, als den zwischen dem Käufer und dessen Abkäufer formlos geschlossenen Kaufvertrag (RG. 31, 230; JW. 03, Beil. 49; 04, 169[10]). Nur wenn zu der Auflassung noch die Eintragung hinzutritt und beides freiwillig geschehen ist, äußert sich die heilende Kraft des § 313 Abs. 2 BGB. Bis zur Auflassung kann jeder Teil von der bis dahin formlosen Abrede ohne Nachteil zurücktreten (RG. 50, 163; 52, 4; 53, 262; 60, 339; JW. 02, 191). Erzwingen läßt sich die Auflassung nicht und zwar auch nicht in der Form, daß der Gegner die Gültigkeit der Nebenabreden bedingt (für den Fall, daß es zur Auflassung und Eintragung kommt) anerkennen soll (RG. 54, 109, oben Anm. 20). Der privatschriftliche Grundstücksveräußerungsvertrag wird gültig, wenn beide Teile ihn als Anlage in dem Auflassungsprotokoll derart in Bezug nehmen, daß er als Teil des Protokolls erscheint (RG. 60, 400; JW. 05, 376[22]). Die freiwillige Auflassung und Eintragung heilt den formlosen Vertrag in seinem ganzen Umfange mit allen bis zur Auflassung getroffenen Abänderungen und Nebenberedungen, die mit dem Hauptvertrag in unmittelbarem Zusammenhange stehen und bezüglich deren z. Zt. der Auflassung vollkommene Übereinstimmung vorhanden war (RG. 57, 164; 61, 251). Mit Auflassung und Eintragung des Hauptvertrags werden so z. B. gültig: die mündliche Nebenabrede, daß ein Teil des Grundstücks wieder herausgegeben werden soll (RG. SeuffA. 59, 345; vgl. auch RG. 47, 303; 60, 400; JW. 05, 376[22]); Zusicherungen über Eigenschaften des Grundstücks (RG. Gruch. 48, 790); die Zusicherung, daß die auf den Kaufpreis übernommene Hypothek gut sei (OLG. Dresden Recht 03, 263; OLG. Köln RheinA. 100, 1. Heft 2); die Zusicherung, daß der Mieter noch mehrere Jahre in dem Grundstück als Mieter wohnen bleiben dürfe (Liebe, BürgR. 248); die Vereinbarung über Ausschluß der Mängelhaftung (OLG. Dresden OLGR. 8, 37). Die so eintretende Heilung hat keine rückwirkende Kraft. Es handelt sich hier nicht um Bestätigung eines nichtigen Geschäfts nach § 141 BGB., sondern darum, daß bis zur Auflassung und Eintragung eine Willenseinigung gar nicht vorliegt (für das alte Recht so RG. Gruch. 29, 388 u. nun Goldmann-Lilienthal I § 94 Fußnote 22; a. M. Staub 6./7. Aufl. § 350 Anm. 60; Planck § 313 Anm. 4; Behrend in Gruch. 31, 457). Bedeutsam wird diese Frage hinsichtlich der früheren Grundstücksnutzungen und des Zahlungsverzugs (OLG. Breslau Recht 05, 646 Nr. 2658).

Anm. 73. Liegt ein gemischtes Geschäft vor, d. h. ein Geschäft, bei dem ein Teil der Vereinbarungen einer gesetzlichen Form nicht bedarf, wohl aber ein anderer Teil, so ist nach § 139 BGB. zu beurteilen, welchen Einfluß die teilweise Nichtigkeit auf das Geschäft hat (oben Anm. 20). Darauf, ob die Leistungen teilbar oder unteilbar sind, oder ob ein Gesamtschuldverhältnis vorliegt, kommt es bei § 139 BGB. nicht an, sondern nur darauf, ob der Vertrag als ein einheitlicher gewollt war (JW. 05, 685[5]). Es übernimmt der, welcher die Nichtigkeit mit Hilfe des Nachsatzes des § 139 BGB. abzuwenden gedenkt, die Beweislast. War das Geschäft in der Weise gemischt, daß das gegenwärtige Vermögen, worunter sich auch Grundstücke befanden, in Privaturkunden übertragen wurde, so heilt die Auflassung und Eintragung der Grundstücksentäußerung nicht die Übertragung des ganzen Vermögens (§ 311 BGB.)

Digitized by Google

und die Entäußerung der Grundstücke nur dann, wenn die Übertragung der Grundstücke für sich allein als selbständiger Vertrag geschlossen worden wäre (RG. 61, 284). Wurde ein in fremden Räumen untergebrachtes Geschäft unter der Bedingung gekauft, daß der Eigentümer von Grund und Boden an den Erwerber des Geschäfts das Grundstück verkaufen werde, und ist zwischen diesen ein Kaufabschluß ohne Beobachtung der Form des § 313 BGB. zustande gekommen, so ist vor der Auflassung und Eintragung des Grundstückskaufs der Käufer auch nicht an den Geschäftskauf gebunden. Hat die Verletzung der Form nicht Nichtigkeit, sondern nur beschränkte Wirkung zur Folge, wie beim Mietvertrag über Grundstücke, so entscheidet über die Wirkung des ganzen Geschäfts der auszulegende Parteiwille im Einzelfalle (oben Anm. 31 u. 64). § 350.

Ist die von den Parteien bestimmte Beurkundung nicht erfolgt, so gilt im Zweifel ebenfalls Nichtigkeit des Geschäfts (§ 125 Satz 2; § 154 Abs. 2 BGB.; vgl. oben Anm. 39). Aber das Gegenteil kann aus dem Willen der Parteien hervorgehen, und wird sehr oft daraus hervorgehen. Wenn insbesondere auf Grund der formlosen Abmachungen der eine Teil zur Veranstaltung oder Änderung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse veranlaßt wird, so ist als Willensmeinung der Parteien anzunehmen, daß der Vertrag perfekt geworden ist und die Form nur der Sicherheit und Ordnung wegen bestimmt ist. Es wird z. B. ein Vorstandsmitglied angestellt, die Bedingungen werden vereinbart und zugleich bestimmt, daß ein schriftlicher Vertrag hierüber abgeschlossen werden soll, der anstellende Teil aber veranlaßt den Angestellten, auf Grund der mündlichen Abmachungen seine gegenwärtige Stellung zu kündigen (OLGR. 2, 479: 4, 211). Der die Formabrede behauptende Teil braucht nicht noch weiter darzutun, daß die Schriftform als solche gewollt war. Sache des Gegenbeweises ist es vielmehr, darzutun, daß die vereinbarte Form nicht die Bedeutung der §§ 154 Abs. 2, 125 Satz 2 BGB. haben, sondern nur die Aufzeichnung des bereits perfekten Rechtsgeschäfts bedeuten sollte (Dernburg I § 139 II; dagegen Düringer-Hachenburg II 21). Anm. 74.

Grundsätzlich wird das nichtige Geschäft auch hier durch Erfüllung nicht gültig. Meist wird aber in der Erfüllung und Annahme derselben hier die Abrede liegen, daß das Geschäft nunmehr ohne Form gültig sein soll (oben Anm. 39 u. RG. 61, 264). Anm. 75.

V. Übergangsfragen.

1. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Form der Rechtsgeschäfte sich regelt nach den Gesetzen, welche gelten zur Zeit, wo das Geschäft errichtet wurde (Art. 11 EG. z. BGB.). Eine Rückdatierung ist selbstverständlich wirkungslos. Für die rechtsgeschäftlich bestimmte Form ist dasjenige Gesetz maßgebend, unter dessen Herrschaft dieser Wille rechtsgeschäftlich zum Ausdruck kam. Das bis 15. Januar 1900 befristete Verkaufsangebot eines Grundstücks kann nicht nach 31. Dezember 1899 in der Form des alten Rechts angenommen, noch auch ein vor 1. Januar 1900 nicht zustandegekommener Grundstückskauf durch eine dem alten Recht genügende Anerkennung nach dem 1. Januar 1900 gültig werden (RG. 4. 12. 01 Recht 02, 19; dagegen Habicht § 18, 1). Über Vorkaufsrecht s. RG. 58, 157. Mit dem 1. Januar 1900 ist die Vorschrift des § 313 BGB. über den Formzwang auch da in Kraft getreten, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist (JW. 06, 537[1]). Anm. 76.

2. Die in den Landesrechten vorgeschriebenen Formen, die durch das alte HGB. aufgehoben waren, bleiben auch auf den Gebieten aufgehoben, die jetzt durch EG. z. BGB. dem Landesrechte vorbehalten sind. Das ist besonders wichtig für Verlags- und Versicherungsverträge (Art. 75, 76 ff. EG. z. BGB.). Soweit diese Verträge Handelsgeschäfte waren — das war meist der Fall —, waren sie durch Art. 317 HGB. von den landesrechtlichen Formvorschriften befreit. Diese Formfreiheit besteht fort, obgleich das alte HGB. beseitigt ist, da einaufgehobenes Gesetz nicht dadurch auflebt, daß das dasselbe aufhebende Gesetz seinerseits aufgehoben wird (RG. 19, 176; Staub DJZ. 2, 422; Keyßner ebenda 4, 232; dagegen Lehmann ebenda 2, 241). Preußen hat dies zur Beseitigung der Kontroverse durch Art. 5 AG. z. HGB. ausdrücklich ausgesprochen. Anm. 77.

Digitized by Google

Exk. zu § 350.

Exkurs zu § 350.

Der Akkordvertrag (Präventivakkord) und der Liquidationsvertrag (Präventivkonkurs).

Anm. 1. **Einleitung.** Das ausländische Recht gibt dem Schuldner bei drohender oder vorhandener Zahlungseinstellung vielfach die Möglichkeit, den Konkurs durch ein Abkommen mit den Gläubigern abzuwenden, und zwar bald in den Formen eines Akkordvertrags (Arrangement, concordat préventif), welcher die Sanierung durch Stundung und Nachlaß bezweckt, bald in den Formen eines Liquidationsverfahrens (Präventivkonkurs, liquidation judiciaire), welches die Verteilung des Vermögens unter die Gläubiger zum Gegenstand hat. Mitunter findet sich auch die völlige Vermögensabtretung an die Gläubiger (concordat par abandon d'actif). Über die ausländische Gesetzgebung: Jaeger § 173 Anm. 27; Gertscher in Allg. österr. Ger. Z. 04 u. 05; insbesondere über den österreichischen Entwurf Könige im Recht 05, 449. Auch in Deutschland hat eine Bewegung zugunsten der Einführung eines gerichtlichen Zwangsvergleichsverfahrens außerhalb des Konkurses begonnen, das die Vermeidung des Konkurses durch Stundungs- und Erlaßvertrag unter gerichtlicher Leitung zum Ziel haben soll (Jaeger DJZ. 05 Nr. 16, 17). Die Reichsgesetzgebung hat sich gegen alle Versuche für eine grundsätzliche Lösung der Frage bis dahin ablehnend verhalten (Jaeger § 173 Anm. 15 ff.). Als auf einen Anfang in der Gesetzgebung auf diesem Gebiet ist hier hinzuweisen: auf das RG. vom 4. Dezember 1899 betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (RGBl. 691), das den Gläubigern bei Massenanlehen eine Organisation gewährt; auf § 25 desselben Gesetzes, welcher das preuß. Gesetz vom 19. August 1895/9. Juli 1902 (GSlg. 237) zugunsten der Pfandgläubiger der Privateisenbahnen und Kleinbahnen aufrecht erhält, und endlich auf die §§ 69, 73 des Privatversicherungsgesetzes vom 12. Mai 1901 (RGBl. 139). Da sich die Reichsgesetzgebung im übrigen einer Regelung der Materie enthalten hat, sind die Grundsätze, nach denen sich Akkordvertrag und Liquidationsvertrag richten, aus dem Wesen dieser Verträge zu entwickeln.

Anm. 2. I. Der **Akkordvertrag** (Arrangement in diesem besonderen Sinn) besteht entweder in einer Stundung (Moratorium) oder in einem teilweisen Erlaß (Nachlaß) oder in einer Verbindung beider und zwar auf Grund einer zwischen dem Schuldner und jedem einzelnen Gläubiger getroffenen Vereinbarung. Durch diese Vereinbarung wird die Ungewißheit eines Rechtsverhältnisses, nämlich die Unsicherheit der Realisierbarkeit der Gläubigeransprüche, durch beiderseitiges Nachgeben beseitigt; daher hat diese Vereinbarung Vergleichscharakter im Sinne des § 779 BGB. Denn, ob die Ungewißheit, welche der Akkordvertrag hebt, eine rechtliche oder wirtschaftliche ist, bleibt für Anwendung des § 779 BGB. unerheblich (Bolze 1 Nr. 881; RG. 54, 165; JW. 03, Beil. 100). Daher ist der Akkordvertrag, wie jeder Vergleich (§ 350 Anm. 3 und 11), regelmäßig formlos gültig.

Anm. 3. 1. Der Akkordvertrag wird im Zweifel erst durch Zustimmung aller Gläubiger perfekt; denn jede einzelne Beitrittserklärung gilt als unter dieser Bedingung abgegeben. Diese Bedingung kann als eine aufschiebende gewollt sein, so daß der Vertrag erst geschlossen ist, wenn der letzte Gläubiger seinen Beitritt erklärt hat (Bolze 4 Nr. 426); die Bedingung kann aber auch als eine auflösende gedacht sein (RG. 12. 1. 03 und OLG. Hamburg OLGR. 8, 23). Besonders deutlich tritt der aufschiebend bedingte Wille hervor, wenn die Zustimmung zu einem Arrangement durch Zirkular nachgesucht wird. [Unter Umständen kann die Sache aber auch so liegen, daß die Ablehnung einzelner kleiner Gläubiger nichts schaden soll; auch kann der Beitritt von der Leistung bestimmter Garantien abhängig (Bolze 1 Nr. 888), oder so erklärt sein, daß der Vertrag zwar perfekt ist, dem Gläubiger aber, welchem die zugesagten Sicherheiten nicht gestellt werden, wie bei einem gegenseitigen Vertrag die Rechte aus § 326 BGB. zustehen sollen (Bolze 19 Nr. 368).] Welcher von diesen Fällen vorliegt, ist lediglich Auslegungsfrage. Aus dem Gesagten folgt, daß der einzelne Gläubiger, der den Akkordvorschlag angenommen hat, an seine Erklärung gebunden ist, bis feststeht, ob die andern Gläubiger zustimmen. Daß Schweigen nach § 151 BGB. Zustimmung bedeute, kann dem OLG. Bamberg (SeuffA. 57, 448) nicht zugegeben werden; zu einer solchen Unterstellung bedürfte es besonderer

Digitized by Google

Umstände z. B. der vorbehaltslosen, in Kenntnis der Verhältnisse erfolgten Annahme von Akkordraten (ROHG. 10, 65). Der Konkursverwalter (§ 136 KO.; RG. 29, 82; 53, 352; 59, 369) und der zur Vertretung seines Geschäftsherrn in der Gläubigerversammlung bevollmächtigte Handlungsgehilfe (§ 54 Anm. 20) sind berechtigt, dem vorgeschlagenen Akkord beizutreten; nicht aber gilt dasselbe vom Vormund, der nach § 1822 Ziff. 12 BGB. bei einem Objekt von mehr als 300 Mark der obervormundschaftlichen Genehmigung bedarf (JW. 05, 82[25]). Die Prozeßvollmacht berechtigt wohl zum Vergleichsabschluß über den Prozeßgegenstand (§§ 81, 83 CPO.); allein nicht zu einem der obervormundschaftlichen Genehmigung bedürftigen Vergleich (§§ 1822 Ziff. 12, 1714 BGB.; RG. 56, 333). Exk. zu § 350.

2. Ist der Akkordvorschlag abgelehnt, so liegt in der Tatsache allein, daß der Schuldner sich arrangieren will, noch nicht die Feststellung der Zahlungseinstellung oder der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung. In der vorbehaltslosen Erklärung, ohne Stundung oder Nachlaß seinen Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen zu können, bringt der Schuldner einstweilen seinen Gläubigern nur zum Ausdruck, daß eine von ihm zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung nach §§ 325, 275 BGB. vorhanden ist (OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 324). Anm. 4.

3. Ist der Akkordvorschlag angenommen, so sind die Wirkungen verschieden, je nachdem es sich um das Verhältnis der Gläubiger zu dem Schuldner oder um das Verhältnis der Gläubiger zu dritten mit dem Schuldner verpflichteten Personen handelt: Anm. 5.

a) Dem Schuldner gegenüber muß der Gläubiger, wenn er einem Moratorium beigetreten ist, nicht nur mit der Vollstreckung einhalten, sondern auch seine auf den Schuldner gezogenen Wechsel zurückziehen (§ 346 Anm. 17), und die Tratten, falls sie vom Schuldner angenommen und vom Gläubiger diskontiert sind, selbst einlösen (Bolze 16 Nr. 153; 17 Nr. 165; ROHG. 18, 389). Anders verhält es sich mit Akzepten Dritter, welche der Gläubiger von dem Schuldner, sei es diskontierend, sei es als Pfand, erhalten hat; hier ist im Zweifel die Zustimmung zum Akkord belanglos und außerdem auch nur für den Ausfall erteilt, welchen der Gläubiger bei gehöriger Verwertung erleidet (Bolze 3 Nr. 574). Stundung hemmt die Verjährung auch bei Wechseln nach § 202 BGB. (JW. 06, 480[44] gegen ROHG. 25, 26). Für die Dauer des Moratoriums ist regelmäßig auf Verzinsung verzichtet (§ 353 Anm. 7). Anm. 6.

Ist die Stundung nur aus Entgegenkommen und im Vertrauen auf die gesicherte Vermögenslage des Schuldners, also nicht zur Abwendung des Konkurses, erteilt, so kann die Auslegung nach Treu und Glauben als beiderseitigen Willen unter Umständen feststellen, daß der Gläubiger zum Rücktritt von seinem Stundungsversprechen berechtigt sein soll, wenn die Verhältnisse des Schuldners sich wesentlich verschlechtern (JW. 06, 168[5]).

Besteht der Akkordvertrag in einem teilweisen Erlaß, so ist das Schuldverhältnis zu diesem Teil erloschen (§ 397 BGB.). Es bleibt zwar, wie schon nach früherem Recht angenommen worden ist, eine Anstands- oder Ehrenpflicht des Schuldners übrig, auch den nachgelassenen Rest zu bezahlen (ROHG. 16, 184; RG. 6, 229; 42, 119; Gruch. 31, 1131; insbes. RG. 35, 216 und jetzt RG. I 8. 2. 04 in Holdheim 13, 130; OLG. Hamburg 14. 6. 04 SeuffA. 60, 56); allein diese unvollkommene Verbindlichkeit ist nicht erzwingbar (näheres unten Anm. 9).

b) Dritten Mitverhafteten gegenüber begibt sich der Gläubiger seiner Schadensersatzansprüche, die er haben mag (ROHG. 22, 120), oder seines Rückgriffs auf Bürgen nur, wenn und insoweit er durch seinen Beitritt die Leistungen dieser schuldhafterweise vergrößert hat (§ 349 Anm. 12, 32). Denn ein vorteilhafter Akkord des Gläubigers mit dem Hauptschuldner erweitert die Verpflichtung des Bürgen an sich nicht, und, was die Gesamtschuldner angeht, hat ein Akkordvergleich immer den Sinn, daß nicht das ganze Schuldverhältnis aufgehoben, sondern nur der sich vergleichende Gesamtschuldner befreit werden sollte (§§ 423, 426 BGB.). Anm. 7.

4. Gleiche Behandlung der Gläubiger ist keine Voraussetzung des Akkordvertrages (Marcus DJZ. 04, 307). Nur im Konkurs verbietet sich jede Bevorzugung (§ 168 KO.). Zum Zweck der Konkursabwendung ist es mitunter unerläßlich, daß einem Gläubiger ein Anm. 8.

Digitized by Google

Exk. zu § 350. höherer Prozentsatz oder Vollzahlung seiner Forderung versprochen werden muß, um ihn für das Arrangement zu gewinnen. Ein Versprechen eines Dritten, aus eigenen Mitteln das Verlangte zu beschaffen, ist unbedingt gültig (JW. 00, 794[27] vgl. RG. 40, 196). Daher ist auch ein Aufkaufen von Forderungen durch Dritte an sich nicht zu beanstanden (OLG. Breslau, Recht 04, 528 Nr. 2214). Einem solchen Aufkauf steht § 55 Ziff. 2 KO. nur im Konkursfall im Wege. Aber auch der Schuldner selbst kann einem Gläubiger besondere Zusagen machen, ohne dadurch die Verpflichtung zur Bekanntgabe an alle Gläubiger zu übernehmen. Eine solche Bevorzugung, z. B. das Versprechen der Nachzahlung, ist weder unsittlich noch etwa wegen ihrer Verheimlichung nichtig; denn eine gleichmäßige Behandlung aller Gläubiger ist nicht immer stillschweigende Voraussetzung eines Akkords (Bolze 4 Nr. 581, 583; 19 Nr. 379); Gleichheit ist z. B. ausgeschlossen, wenn ein Gläubiger sich für eine gewisse Dividende verbürgt und dafür Vorteile erhält (Bolze 2 Nr. 794). Daher berechtigt die irrige Annahme eines Gläubigers, daß alle Gläubiger gleiche Berücksichtigung fänden, nicht zur Anfechtung (JW. 86, 21[45]). Besondere Umstände können jedoch die Pflicht zur Offenlegung vor Abschluß des Akkords begründen; z. B. wenn wie bei Rundschreiben allseitig eine wahrheitsgemäße Darstellung des Arrangementplans erwartet wird (ROHG. 22, 164; RG. 6, 228), oder wenn ein Gläubiger den Schuldner befragt (Bolze 2 Nr. 845). Wurde hierbei die Bevorzugung eines Gläubigers verschwiegen, so steht diese Verheimlichung einer arglistigen Täuschung gleich. Der Schuldner selbst bleibt zwar an sein Versprechen dem bevorzugten Gläubiger gegenüber gebunden; es wäre denn, daß dem bevorzugten Gläubiger der Vorteil als Lohn für seine Mitwirkung bei der Täuschung der Gläubiger gewährt werden sollte (RG. 6, 228). In diesem Falle träfe § 138 Abs. 1 BGB. zu (hierüber Exk. zu § 346 Anm. 1 ff.). Die getäuschten Gläubiger dagegen können den Akkordvertrag nicht allein nach § 123 BGB. anfechten (JW. 05, 228[3]), sondern auch ohne Anfechtung Schadensersatz nach §§ 826, 823 BGB. begehren. Die Gläubiger können sich aber auch auf den Standpunkt stellen, daß die Nichtbevorzugung durch den Schuldner beiderseits zu einer auflösenden Vertragsbedingung nach § 158 Abs. 2 BGB. gemacht war. Eine Auslegung des Akkords in diesem Sinn entspricht den §§ 133, 157 BGB. (OLG. Marienwerder OLGR. 8, 24; vgl. auch Düringer-Hachenburg II 47 ff.). Alle diese Erwägungen treffen nicht zu, wenn ein Dritter die Nachzahlung aus seinem Vermögen versprochen hatte. Ob der Dritte das Versprechen aus Liberalität gegen den Schuldner gab, macht nichts aus; a. M. OLG. Marienwerder OLGR. 8, 24.

Anm. 9. 5. Das Nachzahlungsversprechen, das der Schuldner dem Gläubiger vor oder bei Zustandekommen des Akkordvertrags erteilt, ist ohne Form gültig und klagbar; denn die Forderung des Gläubigers soll ja bestehen bleiben; nur nach außen wird der Sache ein anderes Ansehen gegeben. (Hierauf beruht auch die Klagbarkeit der sog. Besserungsscheine [§ 346 Anm. 17], welche lediglich eine Stundung der ursprünglichen Forderung enthalten, aber keine Novation; daher läuft die Verjährung, sobald der Schuldner in bessere Verhältnisse kommt und der Gläubiger dies erfahren hat, JW. 06, 457[10].) Über die Rechtswirksamkeit eines solchen Versprechens s. Anm. 8 und 6. Auf ein nach Zustandekommen des Nachlaßakkords gegebenes Nachzahlungsversprechen finden die §§ 343 f. Anwendung. Ist das Nachzahlungsversprechen erteilt für eine Gegenleistung, z. B. für Übernahme der Bürgschaft oder für Einräumung neuen oder weiteren Kredits usw., so liegt ein zweiseitiger lästiger Vertrag vor, der formlos gültig ist. Fehlt es an einer Gegenleistung, so liegt eine Schenkung vor, obgleich eine natürliche Verbindlichkeit zur Nachzahlung des Erlassenen besteht (oben Anm. 6). Es bedarf daher der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, d. h. der Schenkungsform (RG. 8, 316; JW. 85, 329[27]; 86, 161[59]). Ein dieser Form entbehrendes Versprechen kann im Konkurs nach § 63 Ziff. 4 KO. nicht geltend gemacht werden; denn § 518 BGB. unterscheidet nicht zwischen Schenkungen, die einer Anstandspflicht entspringen und anderen Schenkungen. Es macht keinen Unterschied, ob das Versprechen in Form eines abstrakten Schuldversprechens oder eines Schuldanerkenntnisses erteilt worden ist (§§ 780 f. BGB).

Digitized by Google

Nur die Erfüllung heilt den Formmangel nach § 518 Abs. 2 BGB., einerlei, ob die Erfüllung im Bewußtsein an das Nichtbestehen einer Verbindlichkeit oder in der irrigen Annahme einer solchen erfolgte (M. II 295). Einer Rückforderung des Geleisteten steht § 814 BGB. entgegen (RG. 8, 316; § 350 Anm. 34), und kann die vollzogene Schenkung nicht wegen Bedürftigkeit, grober Verfehlung oder Undanks widerrufen werden (§§ 528, 530, 534 BGB.). Daß es sich um ein Nachzahlungsversprechen handelt, braucht aus der Schenkungsurkunde nicht hervorzugehen (RG. 8, 307; 15, 293). Exk. zu § 350.

Ausnahmsweise bedarf das Nachzahlungsversprechen trotz seines Schenkungscharakters keiner Form, wenn es in Form eines Wechsels erfolgt und zwar wegen der formalen Natur des Wechselversprechens (RG. 2, 7; 51, 114). Dasselbe muß gelten von der kaufmännischen Anweisung, dem Scheck und der Annahme einer Anweisung sowie dem Zuschreiben auf Girokonto; denn in der Ausstellung solcher Urkunden liegt der Vollzug des Schenkungsversprechens (in M. II 294, P. II 20 sind diese Fragen offen gelassen). So auch Planck § 518 Anm. 3; dagegen Dernburg II 2 § 206 III. Für das alte Recht hatte man auf Grund des Art. 317 altes HGB. für Handelsgeschäfte eine weitere Ausnahme gemacht, indem man das Nachzahlungsversprechen als Anerkenntnis einer natürlichen Verbindlichkeit behandelte (ROHG. 16, 184; RG. 6, 229; 35, 216; 42, 119; Gruch. 31, 1131; Puchelt-Förtsch Art. 317 Anm. 2e). Nach dem Recht des BGB. ist diese Ausnahme nicht mehr anzuerkennen, weil § 518 BGB. selbst das schenkungsweise erteilte abstrakte Schuldanerkenntnis dem Formzwang unterwirft (RG. II 22. 1. 04 Holdheim 13, 130; a. M. Jaeger § 193 Anm. 5).

Der Gläubiger, der ein gültiges Nachzahlungsversprechen erhalten hat, kann es auch dann geltend machen, wenn er dem Schuldner dessen Akzept zurückgegeben hat (Bolze 19 Nr. 379). Das Recht, nach dem die Gültigkeit eines Nachzahlungsversprechens zu beurteilen ist, richtet sich danach, auf welches Recht die Gesamtheit der gegenseitigen Beziehungen hinweist (RG. 40, 197).

II. **Der Liquidationsvertrag** (Präventivkonkurs). Mitunter liegen die Verhältnisse so, daß durch Moratorium und Erlaßvertrag allein eine Sanierung nicht mehr zu ermöglichen ist, wohl aber der Konkurs noch vermieden werden kann durch eine außergerichtliche Verteilung des Vermögens des Schuldners unter seine Gläubiger. Dieses Ziel läßt sich nur erreichen durch Abschluß eines Liquidationsvertrags zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern in dem Sinn, daß eine gleichheitliche Verteilung durch Liquidation nach ähnlichen Grundsätzen wie im Konkurs vorzunehmen ist und zwar nach der Höhe der Forderungen z. Zt. des Abschlusses des Liquidationsvertrags. Diese Ähnlichkeit mit dem Konkurs kann so weit gehen, daß die Gläubiger wie im Fall des § 68 KO. trotz der Abzahlungen seitens Mitverpflichteter die Dividende für den Vollbetrag ihrer Forderungen bis zur völligen Tilgung verlangen können (RG. 2, 178; vgl. § 349 Anm. 44). Ein solcher Liquidationsvertrag ist in drei Grundformen, die immer auch ein Moratorium enthalten, möglich: entweder wird dem Schuldner die Durchführung unter Aufsicht der Gläubiger überlassen, oder es wird die gesetzliche Liquidation gewählt, oder es findet die Übertragung des ganzen Vermögens an die Gläubiger selbst oder einen Treuhänder statt. Anm. 10.

1. Der Schuldner führt die Verteilung aus: Anm. 11.

a) Der Schuldner bleibt zwar Eigentümer; allein er verpflichtet sich, den Anordnungen eines Gläubigerausschusses Folge zu leisten, der die Aufsicht und mitunter durch Einsetzung eines Geschäftsführers auch die Leitung übernimmt. Dieser Vertrag hat nur dann einen verständigen Sinn, wenn alle Gläubiger einwilligen; vorher ist kein Vertrag zustande gekommen (Bolze 6 Nr. 422). Die Mitglieder des Gläubigerausschusses nehmen den Gläubigern gegenüber die Stellung von Beauftragten nach § 675 BGB. ein. Dritten haften sie nur unter besonderen Umständen, z. B. dann, wenn sie bei Fortbetrieb des Geschäfts persönlich oder durch den Geschäftsführer den Lieferanten zur Ermöglichung des Fortbetriebs versichern, daß sie für die Lieferungen „gut" seien. In einer solchen Erklärung liegt eine Verbürgung (RG. 31, 262).

Digitized by Google

Exk. zu § 350. Anm. 12.

b) Der Schuldner entschließt sich mit Zustimmung seiner Gläubiger zur Erteilung einer Generalvollmacht an einen seiner Gläubiger oder an einen Dritten, welcher zur Versilberung des Vermögens und Verteilung des Erlöses ermächtigt wird. Die so erteilte Vollmacht erscheint als ein nicht willkürlich entziehbares Recht des Bevollmächtigten, weil sie in dessen Interesse gegeben wurde (§ 168 Satz 2 BGB.). Allein im Konflikt mit dem Vollmachtgeber bedarf es immer der Auslegung nach Treu und Glauben, wie weit die Willensunterwerfung gehen sollte und ohne Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB. gehen konnte (RG. 52, 96). Der Sinn des dem Bevollmächtigten erteilten Auftrags geht auf eine gleichmäßige Behandlung aller Gläubiger. Dafür ist der Bevollmächtigte rechenschaftspflichtig. Gerät der Schuldner in Konkurs, so kann der Konkursverwalter mit der Klage aus §§ 675, 667 BGB. die Herausgabe von Bevorzugungen verlangen, die der Beauftragte sich entgegen seinem Auftrag verschafft hat. Der Bevollmächtigte kann nicht mit dem Einwand gehört werden, der Konkursverwalter vertrete die benachteiligten Gläubiger nicht, der Gemeinschuldner, den er allerdings vertrete, sei aber nicht benachteiligt, weil für ihn der Rang seiner Gläubiger kein Interesse habe und der Gemeinschuldner außerdem einverstanden gewesen sei; denn der Schuldner kann ohne Verstoß gegen Treu und Glauben nicht von seiner im Interesse aller Gläubiger erteilten Zusage gleichmäßiger Berücksichtigung zurücktreten (JW. 06, 37[45]).

Anm. 13.

2. Wird die gesetzliche Liquidation gewählt, so pflegt durch Vereinbarung zwischen Gesellschaftern und Gläubigern ein Teil der letzteren zu Liquidatoren bestellt zu werden (RGG. 9, 215). Diese Art der Auseinandersetzung bietet nur die Besonderheit, daß die Liquidatoren nicht willkürlich von den Gesellschaftern ihrer Stellung enthoben werden können (oben Anm. 12).

Anm. 14.

3. Die Übertragung des ganzen Vermögens zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger an diese hat einen anderen Charakter als die Übernahme eines Vermögens mit der Verpflichtung, aus dem Kaufpreis die Gläubiger zu bezahlen (§ 22), oder die Übernahme eines Geschäfts durch einen Gesellschafter (§ 145 Anm. 9), der nun auch die Geschäftsschulden bezahlen soll. Die Übernahme des Vermögens zum Zwecke der Liquidation und Abwendung des Konkurses ist ein fiduziarisches Geschäft und richtet sich ganz nach den Regeln der Sicherheitsübereignung (Exk. vor § 373). Der Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 311 BGB.). Seine Aufhebung ist formfrei; nicht aber gilt dies von Abänderungen (§ 350 Anm. 33). Erfüllung heilt den Mangel der Form nicht (§ 350 Anm. 70 ff.). Zum Vollzug eines solchen Vertrags gehören noch die einzelnen Übertragungsakte, also Übergabe der beweglichen Sachen und Inhaberpapiere, Indossierung der Orderpapiere, Auflassung und Eintragung der Grundstücke usw. Wesentlich ist, daß die Abtretung des ganzen Vermögens zur gleichmäßigen Berücksichtigung aller Gläubiger nach deren Rangverhältnis geschieht. Eine Abtretung lediglich zur Befriedigung einzelner Gläubiger wäre unsittlich und daher nichtig (Exk. zu § 346 Anm. 13). Die Abtretung erfolgt zwar im Interesse sämtlicher Gläubiger. Ihrer Genehmigung der fiduziarischen Übereignung bedarf es aber nicht (RG. 55, 392); anderseits braucht sich kein Gläubiger ein solches Liquidationsverfahren an Stelle des Konkursverfahrens aufdringen zu lassen. Seine Interessen wahrt er durch Erzwingung des Konkurses, wenn die Voraussetzungen einer Konkurseröffnung gegeben sind. In diesem Falle wird der ganze Übereignungsvertrag ohne weiteres hinfällig (unten Anm. 15). Zieht ein Gläubiger den Weg der Anfechtung vor, so bezweckt er die Erlangung eines Vorzugs vor den anderen Gläubigern durch Zwangsvollstreckung. Das Anfechtungsgesetz versagt daher, sobald feststeht, daß der Übereignungsvertrag im Vergleich zum Konkursverfahren das vorteilhaftere ist. Letzteres trifft zu, wenn trotz sofortiger Eröffnung des Konkursverfahrens und Aufhebung der Pfändung der anfechtende Gläubiger nicht mehr bekäme und der Fiduziar die erforderlichen persönlichen Garantien bietet, um die Besorgnis von Ungehörigkeiten auszuschließen; alsdann fehlt es an einer Benachteiligung des Anfechtungsgläubigers, trotzdem ihm der Zugriff auf das Vermögen seines Schuldners entzogen ist (RG. 39, 89; DJZ. Beil. 9 Nr. 35). Das Bewußtsein des letzteren Umstands auf seiten des Schuldners vermag nicht eine Benachteiligungsabsicht des sonst gutgläubigen Schuldners herzustellen (RG. 24. 2. 05 Gruch. 49, 115).

Digitized by Google

Der Schuldner hat zur Übertragung des Eigentums auf den Fiduziar (Treuhänder) mitzuwirken; häufig findet sich in dem Übereignungsvertrag die Klausel, daß absichtliche Zurückhaltung den Verlust des meist mit dem Vertrag bewilligten Nachlasses nach sich ziehen soll. Diese Klausel ist nicht verletzt, wenn der Schuldner vor der Übergabe notwendige und fällige Geschäftsauslagen macht oder Mittel zum notwendigen Lebensunterhalt verbraucht (Bolze 5 Nr. 530). Erl. zu § 350.

Der Fiduziar (Treuhänder) wird wirklicher Eigentümer jedoch mit der seinem Schuldner gegenüber eingegangenen auftragsähnlichen Verpflichtung, das Vermögen nach Treu und Glauben im Interesse von Gläubigern und Schuldner in gehöriger Art und Zeit zu verwerten, die Gläubiger zu befriedigen, den Überschuß dem Schuldner herauszugeben und nicht verwertete Forderungen zurückzuübertragen. Meist wird zum Treuhänder ein Gläubiger (eine Bank) bestellt; es ist jedoch nicht ausgeschlossen, das Vermögen auch mehreren Gläubigern zu übertragen. Diese bilden alsdann eine Liquidationsgesellschaft (ROHG. 10, 90).

III. **Konkurseröffnung macht sowohl den Stundungs- und Nachlaßvertrag als auch den Liquidationsvertrag hinfällig,** wenn diese Verträge zur Abwendung des Konkurses dienen sollten. Daß der Konkurs nicht eintrete, ist stillschweigende auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB.; JW. 01, 312[21]; Jaeger § 173 Anm. 9). Anm. 15.

Zusatz. Die Bürgschaft (§ 349) wird durch einen angemessenen Akkordvertrag nicht und durch einen Liquidationsvertrag niemals geändert (oben Anm. 7). Hat der Bürge sich dem Gläubiger für diejenige Verpflichtung verbürgt, welche in einem Akkord- oder Liquidationsvertrag übernommen wurde, so ist die Bürgschaft hinfällig, wenn der Vergleich nicht zustande kommt, d. h. wenn der Konkurs ausbricht; denn nicht glatt für beispielsweise 50%, sondern nur für den Fall der Konkursabwendung ist die Bürgschaft übernommen. Das ist Bedingung. Es ist nicht unsittlich, wenn sich der Gläubiger von dem Bürgen, der sich für die Akkorddividende verbürgt hat, für seinen Beitritt zum Arrangement einen Sondervorteil ausbedingt; denn eine solche Bedingung kann der Gläubiger auch dem Schuldner stellen (oben Anm. 8f.; dagegen OLG. Stuttgart 2. 3. 03 WürttJ. 16, 3). Hat der Hauptschuldner den Bürgen durch arglistige Täuschung, z. B. durch Vorlegung einer falschen Bilanz zur Verbürgung bestimmt, so ist der gutgläubige Gläubiger durch §§ 123 Abs. 2, 142 Abs. 2 BGB. geschützt. Dasselbe gilt, wenn der Bürge die Bürgschaftsurkunde einem Beauftragten mit der Weisung übergeben hat, nur unter bestimmten Voraussetzungen davon Gebrauch zu machen, und der Beauftragte mit Überschreitung seiner Vollmacht von der Urkunde auftragswidrigen Gebrauch macht; denn der Gläubiger, der die Beschränkung der Vollmacht nicht kannte und nicht kennen mußte, darf nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte der Vollmacht trauen (RG. 15, 207; 52, 99; Dernburg 1 § 164 IV). Über die Form der Bürgschaft § 350 Anm. 4 ff. Der Schenkungsform bedarf die Bürgschaftsübernahme nicht, wenn sie dafür übernommen ist, daß der Gläubiger dem Arrangement beitrete. Ist von einem Dritten nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner zugesagt, für den Ausfall einzustehen, welchen die Gläubiger bei Durchführung eines Liquidationsvertrags erleiden sollten, so liegt in diesem Versprechen keine Bürgschaft, sondern eine Garantie für die Gefahr, welche die Gläubiger laufen (§ 349 Anm. 60; ROHG. 10, 88). Anm. 16.

§ 351.

Die Vorschriften der §§ 348 bis 350 finden auf die im § 4 bezeichneten Gewerbetreibenden keine Anwendung. § 351.

Der vorliegende Paragraph verbietet die Anwendung der §§ 348—350 auf Minderkaufleute.

1. **Die §§ 348—350** sind von der Anwendung auf Minderkaufleute ausgeschlossen. An sich würden sie auf Minderkaufleute Anwendung finden. Denn auch der Minderkaufmann ist Kaufmann an sich; seine Geschäfte sind Handelsgeschäfte. Es treffen daher die Kriterien der §§ 348—350 auf ihn zu (Anm. 28 zu § 4). Anm. 1.

Digitized by Google

§ 351. Sie sollen aber nach dem vorliegenden Paragraphen keine Anwendung finden, und
Anm. 2. deshalb kann ein Minderkaufmann die Herabsetzung einer von ihm verwirkten Vertragsstrafe verlangen (§ 348), als Bürge die Einrede der Vorausklage erheben, wenn ihm diese nicht aus sonstigen Gründen versagt ist (§ 349) und sich nur in den Formen des bürgerlichen Rechts durch Bürgschaft, abstraktes Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis gültig verpflichten (§ 350).

Anm. 3. Übrigens ist auf diese Einschränkungen schon bei den einzelnen Paragraphen hingewiesen.

Anm. 4. 2. **Auf die im § 4 bezeichneten Gewerbetreibenden** finden diese Paragraphen keine Anwendung. Selbstverständlich aber finden sie auf die im § 6 Abs. 2 bezeichneten Vereine Anwendung, d. h. auf die Vereine, welche nach § 6 Abs. 2 ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Unternehmens die Eigenschaft von Kaufleuten haben (Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften, Gesellschaften m. b. H.), obwohl nach § 6 Abs. 2 Rechte und Pflichten nur durch die Vorschriften des § 4 unberührt bleiben. Es liegt nur ein mangelhafter Ausdruck klaren Gesetzeswillens vor: § 6 Abs. 2 will einfach sagen, daß solche Vereine keine Minderkaufleute sind.

Anm. 5. Außerdem aber finden natürlich auch hier die Grundsätze über die Geltung als Vollkaufmann infolge Auftretens als solcher im Rechtsverkehr Anwendung (Exk. zu § 5).

Übrigens haben wir auch hier bei den einzelnen Paragraphen bereits das Nähere ausgeführt (Anm. 26 zu § 348; Anm. 25 zu § 349; Anm. 9 zu § 350).

§ 352.

§ 352. **Die Höhe der gesetzlichen Zinsen, mit Einschluß der Verzugszinsen, ist bei beiderseitigen Handelsgeschäften fünf vom Hundert für das Jahr. Das Gleiche gilt, wenn für eine Schuld aus einem solchen Handelsgeschäfte Zinsen ohne Bestimmung des Zinsfußes versprochen sind.**

Ist in diesem Gesetzbuche die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung der Höhe ausgesprochen, so sind darunter Zinsen zu fünf vom Hundert für das Jahr zu verstehen.

Lit.: Greiff, Die selbständige Klagbarkeit gesetzl. Zinsen (Diss.), Erlangen, 04.

Der vorliegende Paragraph gibt Sonderbestimmungen über die Höhe der gesetzlichen und der vertragsmäßigen Zinsen für das Handelsrecht.

Anm. 1. 1. **Er behandelt die Höhe der Zinsen.** Die Frage, in welchem Falle eine gesetzliche oder vertragsmäßige Zinspflicht eintritt, wird durch den vorliegenden Paragraphen nicht berührt. Hierüber gelten andere Vorschriten (§ 353 und Erläuterung dazu).

Anm. 2. 2. **Die gesetzlichen und die vertragsmäßigen** Zinsen werden ihrer Höhe nach behandelt.

a) **Die gesetzlichen Zinsen.** Nach bürgerlichem Recht beträgt der Zinsfuß für die gesetzlichen Zinsen 4 % (§ 246 BGB.). Dieser gesetzliche Zinssatz wird nun für das Gebiet des Handelsrechts auf 5 % erhöht, jedoch nicht etwa in der Weise, daß in Handelssachen überhaupt oder auch nur bei Handelsgeschäften überhaupt der gesetzliche Zinsfuß 5 % beträgt. Vielmehr soll dieser höhere Zinsfuß nur gelten:

Anm. 3. α) (Abs. 2.) In den Fällen, in welchen das HGB. eine gesetzliche Zinspflicht ausspricht, ohne die Höhe des Zinsfußes zu benennen. Insofern ist die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen eine Hilfs- oder Blankettvorschrift. Das HGB. hätte ebensogut in diesen einzelnen Fällen sagen können, der Zinsfuß betrage 5 %.

Die einzelnen Fälle sind:

Anm. 4. § 110 Abs. 2 (Verzinsung von Geld, welches der offene Gesellschafter für die Gesellschaft aufgewendet hat); § 111 (Verzinsung von geschuldeten Einlagen und unbefugten Gesellschaftsentnahmen bei der o. H. G.); § 218 (Verzinsung von schuldigen Aktionäreinlagen); § 353 (Verzinsung der Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit);

Digitized by Google

§ 354 Abs. 2 (Verzinsung von Darlehen, Vorschüssen und Verwendungen der Kaufleute); § 352.
§ 355 (Kontokurrentzinsen); § 687 (Bodmereischuldzinsen).

β) (Abs. 1.) **Wenn in Handelssachen andere Gesetze zur Anwendung gelangen,** Anm. 5
welche eine gesetzliche Zinspflicht enthalten, so ist der Zinsfuß ebenfalls 5 %, gleichviel, ob in den anderen Gesetzen der Zinsfuß überhaupt nicht oder anders bestimmt ist. **Doch gilt dies nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften,** also, wenn bei Entstehung der Forderung beide Teile Kaufleute sind oder als solche gelten.

αα) **Vorschriften anderer Gesetze, um welche es sich hier handelt,** sind z. B. § 291 Anm. 6.
BGB. (Prozeßzinsen), § 256 BGB. (Verzinsung des Verwendungsanspruchs), § 347 BGB. (Verzinsung dessen, was auf Grund des Rücktritts zurückzugewähren ist), § 452 BGB. (Verzinsung des Kaufpreises durch den Käufer von dem Zeitpunkt der Nutzungsberechtigung ab), § 668 BGB. (Verzinsung eigenmächtig verwendeten Geldes durch den Beauftragten) und damit zusammenhängend § 675 BGB. (Verzinsung solchen Geldes durch den Werkmeister und Dienstverpflichteten bei Geschäftsbesorgungen) und § 713 BGB. (Verzinsung solchen Geldes durch geschäftsführende Gesellschafter); ferner § 820 BGB. (Bereicherungszinsen).

Hauptsächlich aber ist die Vorschrift des Abs. 1 unseres Paragraphen gerichtet gegen Anm. 7.
§§ 246 und 288 BGB., **wonach der gesetzliche Zinsfuß, auch der Verzugszinsen,** im bürgerlichen Rechtsverkehr nur 4 % beträgt. Bei beiderseitigen Handelsgeschäften soll er 5 % betragen.

Selbstverständlich ist damit die Bestimmung des § 288 Abs. 2 BGB. (der in Verzug Anm. 8.
geratene Schuldner hat auch den weiteren Schaden zu ersetzen) für beiderseitige Handelsgeschäfte nicht beseitigt. Das hebt D. 196 ausdrücklich hervor. **Aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes kann bei allgemein steigendem Zinsfuß auch ein höherer Prozentsatz der Verzugszinsen gefordert werden.** Das Gesetz hat nur den Zinsfuß festgesetzt, den der Gläubiger als Mindestbetrag fordern kann. Die Höhe dieses Zinssatzes entsprach seiner Wahrnehmung, daß der übliche Zinsfuß auf diese Stufe sinken kann. Aber gleichzeitig hat der Gesetzgeber durch den § 288 Abs. 2 BGB. Fürsorge getroffen, daß der Gläubiger bei steigendem Zinsfuße nicht Schaden erleide und genötigt werde, infolge des Verzugs seines Schuldners bei Dritten Geld zu dem höheren Zinsfuß aufzunehmen (Dernburg II 1 § 72 II 4). Zwar kann der Kaufmann von seinem in Verzug befindlichen Schuldner nicht den Prozentsatz verlangen, den er in seinem Geschäftsbetriebe an Reingewinn erzielt (z. B. eine Aktiengesellschaft, welche 20 % Dividende verteilt, nicht ohne weiteres 20 %), da er sich ja das Geld auf andere Weise gegen den üblichen Zinsfuß verschaffen kann (§ 254 Abs. 2 BGB.). Aber den zur Zeit üblichen Zinsfuß kann der Gläubiger verlangen, weil davon auszugehen ist, daß er, wenn er das Geld in seinem Geschäftsbetriebe entbehren kann, es mindestens zu dem Zinsfuße zu verwerten vermag, der allgemein auf dem Geldmarkt gezahlt wird, und wenn er es in seinem Geschäftsbetriebe braucht, er es sich zu diesem Zinsfuß verschaffen muß. Wollte man dem Gläubiger diesen allgemeinen Anspruch versagen und ihm statt dessen (mit Dernburg II 1 § 72 II 4) den positiven Beweis auferlegen, daß er das Geld zu dem höheren Zinssatz hätte verwerten können, so würde man hier anders verfahren als sonst. Bei verkäuflichen Waren nimmt man an, der Kaufmann könne sie angemessen verwerten. Warum soll man dasselbe nicht auch bei der Verwertung von Geld annehmen? Zumal doch Geld noch umsatzfähiger ist, als Waren (vgl. Staub DJZ. 5 Nr. 3 u. Sontag Recht 02, 175; RG. 8, 237); der Schadensanspruch wegen des entbehrten Gebrauchs von Geld geht ohne weiteres auf gesetzliche Zinsen (RG. 2, 176; 19, 434; ROHG. 5, 233; § 349 Anm. 58).

Ferner aber gilt, was die D. nicht hervorhebt und was zweifelhafter ist, der § 288 Anm. 9.
Abs. 1 Satz 2 BGB. trotz unseres § 352 auch für beiderseitige Handelsgeschäfte. Dieser Paragraph bestimmt, daß höhere Zinsen, die der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde verlangen kann, während des Verzuges fortzuentrichten sind. Zwar ist der Wort-

Digitized by Google

§ 352. laut unseres § 352 dieser Auffassung nicht günstig. Denn er lautet kategorisch dahin, daß „die Höhe der gesetzlichen Zinsen mit Einschluß der Verzugszinsen" bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5% beträgt. Die hier in Rede stehenden Zinsen sind aber auch Verzugszinsen. Allein der gesetzgeberische Gedanke spricht für unsere Auffassung, und der Wortlaut ist mit ihr nicht gerade unvereinbar. Der Gedanke ist der, und der Wortlaut kann dahin gedeutet werden, daß an Stelle des in anderen Gesetzen bestimmten Normalsatzes der Zinsen ein Zinsfuß von 5% tritt.

Anm. 10. ββ) Nur für beiderseitige Handelsgeschäfte gilt der höhere Zinsfuß des vorliegenden Paragraphen. Es müssen also beide Teile Kaufleute sein, gleichviel, ob Vollkaufleute oder Minderkaufleute (Anm. 28 zu § 4), und es genügt, daß sie als solche gelten (z. B. auf Grund des § 5 oder auf Grund des § 15) oder aus sonstigen Erwägungen (Exk. zu § 5). Es müssen ferner auf beiden Seiten Geschäfte sein, die der betreffende Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen hat, wobei der § 343 und die dort dargestellte weite Ausdehnung des Begriffes Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe in Betracht kommt, und wobei ferner die im § 344 aufgestellten Vermutungen für die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe Platz greifen, insbesondere auch § 344 Abs. 2, so daß, wenn ein Kaufmann einem anderen einen Schuldschein gibt, die auf Grund des Schuldscheins zu zahlenden Verzugszinsen 5% betragen (desgleichen die auf Grund des Schuldscheins zu zahlenden Vertragszinsen, wenn der Schuldschein keinen andern Zinssatz enthält; hierüber Anm. 13). Der höhere Zinsfuß gilt nicht für die Zinsen von Ersatzforderungen, die aus der Anfechtung innerhalb des Konkurses entstehen (§ 37 KO.; JW. 94, 316[18]; 02, 273[19]).

Anm. 11. Als beiderseitiges Handelsgeschäft muß auch der Fall gelten, daß ein von einem Kaufmann gegebenes Order- oder Inhaberpapier durch Indossament oder Übergabe von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erworben wird. Zwar ist dies nur für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht angenommen worden (RG. 9, 45); aber die Gründe treffen auch hier zu.

Anm. 12. γ) Zusätzlich ist zu bemerken, daß für Wechselschulden die Höhe der gesetzlichen Zinsen 6% beträgt und zwar für den Fall, daß der Wechsel zu einem Wechselregresse berechtigt nach Art. 50, 51, 81 Satz 2 WO.; dann aber gegen alle Wechselverpflichteten (Staub WO. Art. 50 §§ 13, 60), und für den Fall, daß nur ein Anspruch gegen den Akzeptanten vorliegt, aber kein Regreßanspruch, nach Gewohnheitsrecht (Staub WO. § 12 zu Art. 50). Das bleibt auch für die Zukunft bestehen: soweit die WO. selbst den höheren Zinsfuß bestimmt, deshalb, weil die Vorschriften der übrigen Reichsgesetze durch das HGB. nicht berührt werden (Art. 2 Abs. 2 EG. z. HGB.) und auch nicht durch das BGB. (Art. 32 EG. z. BGB.), soweit aber das Gewohnheitsrecht den höheren Zinsfuß bestimmt, weil nach Art. 2 EG. z. BGB. im Sinne der Einführungsgesetze unter Gesetz jede Rechtsnorm zu verstehen ist, insbesondere auch das Gewohnheitsrecht (zust. Dernburg II 1 § 22 V).

Anm. 13. b) **Die vertragsmäßigen Zinsen.** Auch hier bestimmt das BGB. (§ 246), daß sie, wenn sie durch Rechtsgeschäft nicht bestimmt sind, 4% betragen sollen. Für beiderseitige Handelsgeschäfte ist auch dieser Zinssatz durch unseren § 352 auf 5% erhöht, bei einseitigen Handelsgeschäften bewendet es bei dem Satze von 4% des BGB.

Über den Begriff beiderseitiger Handelsgeschäfte oben Anm. 10.

Sonstige Vorschriften über die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen sind im HGB. nicht gegeben.

Anm. 14. α) Es ist nicht bestimmt, welcher Zinssatz höchstens zulässig ist. Eine solche Vorschrift hatte Art. 292 des alten HGB. aufgestellt. Jetzt ist sie fortgefallen, weil sich aus § 246 BGB. ergibt, daß die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen an eine ziffermäßige Beschränkung überhaupt nicht gebunden ist. Das BGB. kennt indessen zwei andere Beschränkungen der Zinsfreiheit, und diese gelten, da für den Handelsverkehr

Digitized by Google

nichts Abweichendes bestimmt ist, auch für Handelsgeschäfte, auch wenn beide Teile Kaufleute sind, nämlich: Nach § 247 BGB.: das durch Vereinbarung unbeschränkbare Recht der sechsmonatlichen Kündigung von mehr als sechsprozentigen Geldschulden nach Ablauf von sechs Monaten [außer bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber; die übliche Provision, wenn sie nicht als fortlaufende Minimalprovision bedungen ist (ROHG. 22, 409) und die üblichen Zuschläge und Abzüge (das sog. Damnum) sind bei der Berechnung der Zinshöhe nicht zu berücksichtigen (so auch Dernburg II 1 § 18 I 2 und Nußbaum ABürgR. 25, 62)]. Ferner erklärt § 138 Abs. 2 BGB. wucherische Zinsvereinbarungen für nichtig (hierüber Erk. zu § 346 Anm. 14ff.). § 352.

β) Es ist nicht bestimmt, daß bei Handelsgeschäften die Zinsen im Gesamtbetrage das Kapital nicht übersteigen dürfen. Die Vorschrift war überflüssig, weil das BGB. ein solches Verbot nicht kennt: Es ist also auch schon nach bürgerlichem Recht gestattet, Zinsen zu verlangen, die in ihrem Gesamtbetrage das Kapital übersteigen. Anm. 15.

Zusatz 1. Rückständige Zinsen, auch Vorzugszinsen, auch vorbedungene Zinsen, verjähren in 4 Jahren (§ 197 BGB.), aber außerdem verjähren sie mit der Hauptforderung (§ 224 BGB.). Zinsen als Schadensersatz (Anm. 8) verjähren nur in letzterer Art, so daß nach Verjährung des Hauptanspruchs nicht noch die Zinsen der letzten 4 Jahre nachgefordert werden können (Dernburg II 1 § 18, 3). Anm. 16.

Zusatz 2. Übergangsfrage. Wie aus der obigen Darstellung hervorgeht, hat das neue HGB. den handelsrechtlichen Zins von 6% auf 5% herabgesetzt und dabei noch in Abänderung des früheren Rechts bestimmt, daß die gesetzlichen Zinsen, insbesondere die Verzugszinsen, nicht wie früher bei Handelsgeschäften überhaupt, also auch von einseitigen Handelsgeschäften, sondern nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften den gegen den zivilrechtlichen Zinsfuß erhöhten Satz von 5% erreichen sollen. Bei einseitigen Handelsgeschäften betrug also der Zinsfuß früher 6%, jetzt 4%, bei zweiseitigen Handelsgeschäften früher 6%, jetzt 5%. Anm. 17.

Für die Übergangszeit gilt für alte Schuldverhältnisse, soweit es sich um vertragsmäßige Zinsen handelt, der z. Zt. des Zinsversprechens geltende gesetzliche Zinsfuß, wenn die Höhe der Zinsen nicht ausdrücklich vereinbart worden ist (Art. 170 EG. z. BGB.; RG. ElsLothrZ. 28, 397; Neumann JW. 00, 506). Was die Verzugszinsen jedoch angeht, so gilt das neue Recht für alle vom 1. Januar 1900 an laufenden Zinsen. Der Verzug steht zwar mit dem Vertragsverhältnis in so engem Zusammenhang, daß die Verzugstatsache ihre rechtliche Bedeutung erst durch den Vertrag erhält; daher beurteilen sich nach Art. 170 EG. z. BGB. die Voraussetzungen des Leistungsverzugs ebenso wie dessen Folgen z. B. des Rücktrittsrechts des Gläubigers und des Annahmeverzugs aus einem vor 1. Januar 1900 entstandenen Vertragsverhältnis nicht nach dem Recht, unter dessen Herrschaft der Verzug eingetreten ist, sondern nach dem Recht z. Zt. der Entstehung des Vertragsverhältnisses (RG. 52, 264: JW. 01, 867/8; 03 Beil. 85; SeuffA. 58, 305, 307; Recht 04, 554). Verzugszinsen haben dagegen einen andern Charakter; bei ihnen entsteht die Leistungsverpflichtung mit jeder Zeiteinheit von neuem. Daher richtet sich die Höhe der Verzugszinsen bei vor 1. Januar 1900 begründeten Schuldverhältnissen seit diesem Zeitpunkt nach dem neuen Recht auch dann, wenn der Verzug vor 1. Januar 1900 eingetreten ist. Die gesetzlichen Zinsen unterliegen selbstverständlich vom 1. Januar 1900 an dem neuen Recht. Diese Grundsätze sind in der Rechtsprechung (RG. 46, 74 und 82; 52, 265; JW. 00, 269; Gruch. 52, 265; DJZ. 00, 98, 253, 301) und in der Literatur (Habicht 208) zu allgemeiner Geltung gelangt; die gegenteilige Ansicht der 6./7. Aufl. kann nicht aufrecht erhalten werden. Habicht macht a. a. O. mit Recht darauf aufmerksam, daß Warenschulden eines Nichtkaufmanns an einen Kaufmann bis 1. Januar 1900 mit 6%, von da an mit 4% zu verzinsen sind, weil für den Begriff eines Handelsgeschäfts vom 1. Januar 1900 die Kaufmannseigenschaft entscheidend ist (§ 343), und die fünfprozentige Verzinsung vom 1. Januar 1900 an nur für beiderseitige Handelsgeschäfte gilt (JW. 02, 186[84]).

Digitized by Google

§ 353.

§ 353. **Kaufleute unter einander sind berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern. Zinsen von Zinsen können auf Grund dieser Vorschrift nicht gefordert werden.**

Der vorliegende Paragraph stellt eine gesetzliche Zinspflicht auf für Forderungen der Kaufleute aus beiderseitigen Handelsgeschäften.

Anm. 1. 1. **Kaufleute** untereinander haben dieses Recht, doch braucht die Kaufmannseigenschaft nur z. Zt. der Entstehung der Forderung vorhanden zu sein (Volze 5 Nr. 300). Für den Kaufmannsbegriff sind die §§ 1—4, aber auch die Präsumtionen und Fiktionen in § 5 und im Exkurse zu § 5 maßgebend. Also auch für den, der als Kaufmann gilt, besteht diese Zinspflicht.

Es ist in RG. 14, 31 entschieden, daß, wenn es sich um deutsche Kaufleute handelt, es nicht darauf ankommt, ob das Handelsgeschäft nach deutschem oder ausländischem Recht zu beurteilen ist.

Anm. 2. 2. **Für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften** gilt die Zinspflicht. Für den Begriff des Handelsgeschäfts ist maßgebend § 343 und der dort dargestellte weite Begriff der Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe, ferner die Präsumtion des § 344, insbesondere auch die des § 344 Abs. 2, so daß ein von einem Kaufmann ausgestellter und einem Kaufmann gegebener Schuldschein diesem Paragraphen ohne weiteres verfällt.

Anm. 3. Auf die Natur der Forderung kommt es im übrigen nicht an. Es kann der Anspruch aus einem Zahlungsversprechen herrühren oder auf Schadensersatz aus irgend einem Rechtsgrunde gerichtet sein (RG. 20, 122). Auch dann liegt eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften vor, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes ein von einem Kaufmann ausgestelltes Inhaber- oder Orderpapier erwirbt (§ 352 Anm. 11).

Anm. 4. Nur dagegen wendet sich der Satz 2 unseres Paragraphen, daß durch den vorliegenden Paragraphen eine Zinspflicht von fälligen Zinsen festgesetzt werden sollte. Das soll nicht der Fall sein. Wenn also § 248 Abs. 1 BGB. eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, im allgemeinen für nichtig erklärt, und wenn die §§ 289 und 291 BGB. Verzugszinsen und Prozeßzinsen von Zinsen absprechen, so hat es hierbei auch bei beiderseitigen Handelsgeschäften sein Bewenden. Und ebenso können bei beiderseitigen Handelsgeschäften nicht bloße Fälligkeitszinsen vom Tage der Zinsenfälligkeit gefordert werden; denn nach Satz 2 unseres Paragraphen soll eben bei einer Zinsschuld die Fälligkeit die Zinspflicht nicht begründen. Es können daher Zinseszinsen weder als Schadensersatz (ROHG. 24, 388) noch als Verzugszinsen für Nichteinlösung von Kupons (ROHG. 10, 212; 25, 257; RG. 5, 254) noch auch in Form von Umgehungsgeschäften, z. B. von Wechselprolongation, gefordert werden (JW. 03, 433[9]); noch auch kann eine Vertragsstrafe für den Fall bedungen werden, daß der Schuldner mit den Zinsen im Rückstand bleibe (vgl. JW. 83, 275[48]; 85, 35[46]). Aber andererseits hat es auch sein Bewenden dabei, wenn aus anderen Vorschriften eine Pflicht, Zinsen zu verzinsen, folgt (§ 355 HGB., Kontokorrent), oder wenn von vornherein eine nicht wucherliche und nicht zur Umgehung des Anatozismusverbots bestimmte Zinserhöhung für den Fall unpünktlicher Zahlung der Zinsen vereinbart ist (JW. 96, 306[89]). Eine Vereinbarung letzterer Art ist im loyalen Verkehr nichts Seltenes (RG. 37, 274). Nach § 248 Abs. 2 BGB. können Kreditinstitute, Sparkassen und Banken im voraus vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen als neue verzinsliche Einlagen zu behandeln sind und Kreditanstalten, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinsliche Inhaberschuldverschreibungen (§ 795 BGB.) auszugeben, sich bei solchen Darlehen die Verzinsung rückständiger Zinsen im voraus versprechen lassen. Über rückständige Zinsen ist volle Vertragsfreiheit gegeben; sie fallen so wenig unter § 289 BGB. wie die Zinsen, die als zu Unrecht gezogene Früchte herauszugeben sind (Dernburg II 1 § 20 III).

Digitized by Google

3. **Vom Tage der Fälligkeit ab** sollen die Zinsen verlangt werden können. Das alte HGB. § 353. hatte noch hinzugefügt: „ohne Verabredung und Mahnung". Das ist auch jetzt noch zu- Anm. 5. treffend; es ist hinzuzufügen, daß die Zinspflicht eintritt, auch ohne daß der Schuldner in Verzug gelangt (D. 195), und ohne daß er überhaupt seine Verpflichtungen schuldhaft nicht erfüllt. Die Fälligkeit allein begründet die Zinspflicht. Es liegen also weder Verzugszinsen noch Vertragszinsen, sondern eine Art gesetzlicher Zinsen vor. Mit Unrecht nehmen Hahn und Förtsch zu Art. 289 Verzugszinsen als vorliegend an.

Die Fälligkeit aber soll nur der späteste Zeitpunkt für den Beginn der Anm. 6. Zinspflicht sein. Frühere Zeitpunkte des Beginnes des Zinsenlaufes, die auf anderen Gründen beruhen, gelten danach fort, so bei vereinbarten Zinsen, so aber auch bei gesetzlichen Zinsen, z. B. bei dem Zinsrecht des Kaufmanns aus seinen Darlehen, Vorschüssen und anderen Verwendungen vom Tage der Leistung (§ 354 Abs. 2 HGB.). — Vgl. auch die gesetzlichen Zinspflichten des bürgerlichen Rechts, unten Anm. 12.

Wann die Fälligkeit eintritt, richtet sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Die Anm. 7. bedingte Forderung wird mit dem Eintritte der Bedingung, die betagte, d. h. die, für deren Wirkungen ein Anfangstermin festgesetzt ist, mit dem Eintritt dieses Termins, die unbedingte und unbefristete sofort fällig (§§ 158, 163, 271 BGB.). Über die Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten s. Exkurs zu § 374. Wenn für eine fällig gewordene Forderung nachträglich Stundung erteilt wird, so fällt damit auf Grund unserer Vorschrift die Zinspflicht für die Dauer der Stundungsfrist nicht fort, wohl aber wenn Kredit beim Kaufabschluß bewilligt wurde (ROHG. 23, 392; RG. bei Puchelt Anm. 6 zu Art. 289). Indessen nimmt doch die Verkehrsanschauung hier oft das Gegenteil an. Wenn z. B. ein Kaufmann einen allgemeinen Akkord nachsucht und dadurch mit oder ohne teilweisen Erlaß seiner Schulden das Recht zur Abzahlung in einzelnen Raten erwirkt, um auf diese Weise seine geschäftlichen Verhältnisse wiederherzustellen, so wird der Wegfall der Zinspflicht für die Zwischenzeit angenommen (s. ROHG. 1, 19). Vorbehaltslose Annahme des Kapitals (ohne Quittungserteilung vgl. §§ 368 ff.; ROHG. 20, 71) enthält noch keinen Verzicht auf Verzugszinsen (RG. 1, 21; 42, 124). Anders bei vorbehaltsloser Annahme verspäteter Zinsraten (RG. 2. 12. 04 Pos. Mschr. 05, 54).

Holschulden sind, wie Düringer-Hachenburg 2, 342 mit Recht hervorheben, nicht zu Anm. 8. verzinsen, wenn das Geld vom Gläubiger an dem nach dem Kalender bestimmten Zeitpunkt (RG. 60, 84) nicht abgeholt wird (§ 296 BGB.). Denn alsdann liegt ein Annahmeverzug des Gläubigers vor, welcher die Zinspflicht ausschließt (§ 301 BGB.). Das gilt auch für Order- und Inhaberpapiere. Die gegenteilige Ansicht der 6./7. Aufl. ist von Staub in seinen hinterlassenen Papieren aufgegeben. Darüber, wie sich der Schuldner von der Zinspflicht befreien kann, unten Anm. 10.

4. **Die Höhe der hier normierten Zinsen** ist 5% (§ 352). Ist die Schuld aus anderen Anm. 9. Gründen höher zu verzinsen, so behält es dabei sein Bewenden (oben Anm. 6).

5. **Die Zinspflicht fällt fort, wenn der Gläubiger in Verzug kommt oder der Schuldner be-** Anm. 10 **rechtigt hinterlegt.** Wenn der Gläubiger in Verzug kommt, so ist eine verzinsliche Geldschuld fortan nicht mehr zu verzinsen (§ 301 BGB.). Wenn der Schuldner hinterlegt, weil er aus irgend einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde (z. B. wegen Abwesenheit des Gläubigers) oder infolge unverschuldeter Unwissenheit über die Person des Gläubigers (z. B. bei Order- oder Inhaberpapieren oder beim Streite mehrerer über die Legitimation) seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann, so fällt die Zinspflicht ebenfalls weg (§§ 372, 379 BGB.); aber das gilt nicht schon dann, wenn der Schuldner wegen der Hindernisse in der Person des Gläubigers, Abwesenheit, Legitimationsbedenken usw. die Verpflichtung einfach unerfüllt läßt. Es kommt eben darauf an, ob ein verständiger Geschäftsmann die Hinterlegung in berechtigtem guten Glauben vornehmen durfte (RG. 53, 209; 55, 49); ob also die subjektive Ungewißheit über die Person des Gläubigers auf einem vernünftigen Grund beruhte (RG. 44, 166). Der Schuldner muß sich daher, wenn es sich um die Kon-

Digitized by Google

§ 353. kurrenz mehrerer Pfändungspfandgläubiger oder um ein Zusammentreffen solcher mit einem Zessionar handelt, in eine Prüfung über die Person des Berechtigten einlassen; nur wenn alsdann bei gewissenhafter Prüfung noch Zweifel entstehen mußten, war die Hinterlegung eine gerechtfertigte (RG. 59, 18). Arrestpfändung enthebt der Hinterlegungspflicht nicht (RG. 49, 201). Nur wenn der Gläubiger in wirklichem Annahmeverzuge ist, ist Hinterlegung nicht erforderlich, um den Zinsenablauf abzuschneiden; im Annahmeverzuge ist er aber, abgesehen von dem Falle des § 296 BGB, nur, wenn ihm die Leistung angeboten wurde und er sie nicht annahm (§ 293 BGB.); daß sie ihm aus irgend einem anderen Grunde nicht angeboten werden konnte, begründet keinen Annahmeverzug, sondern ein sonstiges Erfüllungshindernis. Im Fall des § 296 BGB. (oben Anm. 8) bedarf es des Angebots nicht, d. h. der Gläubiger kommt in Annahmeverzug, wenn er die von ihm an einem nach dem Kalender bestimmten Fälligkeitstag zu bewirkende Handlung nicht vornimmt, z. B. eine Holschuld nicht abholt.

Anm. 11. Diese Hinterlegung nach § 379 Abs. 1 BGB. (vorige Anm.) gewährt eine Einrede. Im Prozeß genügt daher lediglich das Bestreiten der Zahlungspflicht unter Hinweisung auf die erfolgte Hinterlegung. Der Gläubiger kann nicht den Mangel einer besonderen Anweisung oder Verweisung auf die hinterlegte Sache entgegenhalten (RG. 59, 17). Der Hinterlegende muß selbstverständlich dem Gläubiger rechtzeitig von der Hinterlegung Kenntnis geben, sonst trägt er die durch diese Unterlassung unnötig erwachsenen Kosten (§ 93 CPO.).

Anm. 12. **Zusatz 1. Außer der in unserem Paragraphen festgesetzten gesetzlichen Zinspflicht** greifen auf dem Gebiete des Handelsrechts, also nicht nur für beiderseitige, sondern auch für einseitige Handelsgeschäfte, **die mannigfachen gesetzlichen Zinspflichten des bürgerlichen Rechts Platz.** Dahin gehören insbesondere die Verzugszinsen, die Prozeßzinsen, die Zinsen für Aufwendungen usw. Insbesondere ist auch § 452 BGB. zu erwähnen, wonach der Kaufpreis, wenn er nicht gestundet ist, von dem Augenblicke an zu verzinsen ist, von dem an dem Käufer die Nutzung des gekauften Gegenstandes gebührt; einerlei, ob die Kaufsache Früchte oder höhere Früchte als die Zinsen getragen hat, oder ob die Kaufsache überhaupt keine fruchttragende Sache war; es wäre denn, daß dem Käufer durch Verschulden des Verkäufers der Fruchtgenuß der fruchttragenden Sache entzogen oder beeinträchtig worden wäre. Die Nutzungen gebühren dem Käufer vom Augenblick der Übergabe (§ 446 Abs. 1 Satz 2 BGB.) und zwar bei Grundstücken mit der zur Übergabe hinzutretenden Auflassung und Eintragung (§ 873 BGB.; RG. 50, 140; 44, 178). Die Beweislast für eine von § 452 BGB. abweichende Vereinbarung trifft denjenigen, der daraus Rechte herleitet (KG. DJZ. 03, 250).

Anm. 13. Die Höhe des Zinsfußes ist in diesen Fällen bei einseitigen Handelsgeschäften 4% (denn in diesem Falle greifen die §§ 246, 288, 291 BGB. Platz) und bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5% (denn in diesem Falle greift § 352 HGB. Platz).

Anm. 14. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Für die Frage, ob die Zinspflicht des vorliegenden Paragraphen Platz greift, ist entscheidend, wann das Zinsversprechen erteilt ist; fällt dieses Versprechen vor 1. Januar 1900, so greifen die alten Zinsregeln nach Art. 170 EG. z. BGB. Platz (hierüber § 352 Anm. 17).

§ 354.

§ 354. Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne Verabredung Provision und, wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern.

Für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen kann er vom Tage der Leistung an Zinsen berechnen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt dem Kaufmann einen gesetzlichen Anspruch auf Entgelt für Mühewaltungen, Abnutzungen, Darlehen und Vorschüsse.** Der Kaufmann stellt in der Regel seine Tätigkeit und seine Vermögensgegenstände nicht umsonst in den Dienst anderer, rechnet viel-

Digitized by Google

mehr auf Vergütung. Das weiß jeder, oder muß jeder, ob Kaufmann oder Nichtkaufmann, wissen, der mit dem Kaufmann in geschäftliche Beziehungen tritt. Das Gesetz geht daher nicht zu weit, wenn es dem Kaufmann den Anspruch auf Entgelt auch ohne Vereinbarung zuspricht. **§ 354.**

1. **Wem steht dieser Anspruch zu?** Dem, der in Ausübung seines Handelsgewerbes die hier in Rede stehenden Dienste leistet. Anm. 1.

a) Forderungsberechtigt ist also nur der Kaufmann. Der frühere Art. 290 hatte dies ausdrücklich gesagt. Unser Paragraph sagt allgemeiner: „Wer" in Ausübung seines Handelsgewerbes usw. Allein ein Handelsgewerbe ausüben kann eben nur der Kaufmann. Für den Begriff des Kaufmanns kommen die Vorschriften der §§ 1—4 in Betracht. Insbesondere kommen auch dem Minderkaufmann die Vorteile dieses Paragraphen zugute (ROHG. 10, 243; Anm. 28 zu § 4). Aber auch wer zwar nicht Kaufmann ist, aber doch als solcher gilt, kann sich auf den vorliegenden Paragraphen berufen, sei es, daß ihm die Fiktion des § 5 zur Seite steht, oder daß er aus sonstigen Gründen als Kaufmann gilt (Exk. zu § 5).

Maßgebend ist überall der Zeitpunkt der Leistung. Hört der Leistende auf, Kaufmann zu sein, und macht er den Anspruch zu einer Zeit geltend, zu der er nicht mehr Kaufmann ist, so wird dadurch der Anspruch nicht beeinträchtigt, insbesondere hört dadurch der Lauf der Zinsen gemäß Abs. 2 nicht auf (Volze 5 Nr. 300). Anm. 2.

b) In Ausübung seines Handelsgewerbes muß der Dienst geleistet sein. Obwohl im früheren Art. 290 gesagt war: „In Ausübung des Handelsgewerbes", jetzt dagegen: „in Ausübung seines Handelsgewerbes", so ist damit sachlich nichts geändert. Jetzt wie früher ist erforderlich und ausreichend, daß die Tätigkeit im Sinne der allgemeinen Vorschriften des § 343 zum Handelsgewerbe dessen, der Dienste leistet, gehört, und es kommt hierbei die weite Ausdehnung des Begriffes Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe in Betracht, die in § 343 Anm. 9 ff. dargestellt ist. Jetzt wie früher ist nicht etwa erforderlich, daß der Dienst in die charakteristische Tätigkeit des betreffenden Handelsgewerbes fällt (für das frühere Recht ROHG. 7, 363; Volze 9 Nr. 231). Jetzt wie früher greifen auch die Vermutungen des § 344 Platz. Fällt dagegen der Dienst aus dem Rahmen der gewerblichen Tätigkeit heraus, so findet § 354 keine Anwendung. Cosack § 26 III versagt dem Apotheker, der Wertpapiere eines Kunden aufbewahrt, den Provisionsanspruch; allein es ist anzunehmen, daß ein Apotheker in diesem Fall ebenso, wie wenn er seinem Kunden ein Darlehn gewährt, seinen Gewerbebetrieb fördern wollte; es fehlt also nicht an dem erforderlichen Zusammenhang mit dem Handelsgewerbe. Anders, wenn ein Apotheker eine Heiratsvermittlungsgebühr fordern wollte (hierüber 6./7. Aufl.). Anm. 3.

c) Ob der andere Teil Kaufmann oder Nichtkaufmann ist, ist gleichgültig.

2. **Wofür steht der Anspruch zu?** Für Geschäftsbesorgungen und Dienste, für Darlehen, Vorschüsse und andere Verwendungen. Anm. 4.

a) **Geschäftsbesorgungen und Dienste.** Es muß ein besonderer Dienst sein, den der Kaufmann dem anderen leistet.

α) Ein besonderer Dienst. Es darf nicht ein solcher Dienst sein, der schon in der anderweiten Vergütung (im Kaufpreise, im Frachtgelde) abgegolten ist oder unentgeltlich geleistet zu werden pflegt wie regelmäßig die Anfertigung von Projekten, Zeichnungen und Voranschlägen, die mit dem Vertragsantrag überreicht werden (OLG. Marienwerder Recht 02, 40). Auch geringfügige Leistungen bei Erfüllung des Vertrages werden nicht vergütet, wie z. B. die Verpackung, die jedoch, wenn es sich z. B. um Glaswaren handelt, eine besondere Aufmerksamkeit, Vorsicht und Mühe erfordern kann und alsdann im Kaufpreise nicht mit als vergütet gilt (ROHG. 3, 115).

β) Dem anderen muß er in diesem erkennbarer Weise geleistet sein (JW. 00, 758). Handelt der Kaufmann lediglich in eigenem Interesse oder im Interesse eines Dritten, so braucht der andere Teil nichts zu zahlen, selbst wenn die Tätigkeit ihm zugute kommt (JW. 93, 489; Hahn § 1 zu Art. 290; Förtsch Anm. 2 zu Art. 290). Aber daß die Handlung auch dem eigenen Interesse des Handelnden dient, beseitigt den Anspruch auf Vergütung Anm. 5.

Digitized by Google

§ 354. nicht (RG. 1, 284; Fall von zur Disposition gestellter und zurückbehaltener Ware OLG. Hamburg OLGR. 5, 167). Deshalb kann dem Pfandschuldner für den Verkauf des Pfandes Provision berechnet werden (Bolze 12 Nr. 474). Das gleiche muß gelten bei den Veräußerungen der §§ 373, 379 HGB.

Anm. 6. γ) Der Anspruch fällt fort, wenn die Dienste nach der Verkehrssitte nicht vergütet zu werden pflegen. Alsdann greifen die §§ 153, 157, 242 BGB. ein und beseitigen den gesetzlichen Anspruch auf Vergütung. So wird z. B. für die Vorbereitung einer Geschäftsvermittelung, wenn das Geschäft sich zerschlägt, nichts vergütet (ROHG. 16, 34; Anm. 15 Ekl. vor § 93). So werden ferner im Zweifel Schreibgebühren (auch geringe Porti) bei geschäftlichen Mitteilungen eines Kaufmanns nicht vergütet. Das gleiche gilt von Auskünften über die Vermögensverhältnisse eines Kreditsuchenden, die im geschäftlichen Leben aus Gefälligkeit erteilt werden, wenn die befragte Firma kein Auskunftsbureau ist.

Anm. 7. Der Anspruch auf Vergütung fällt ferner bei solchen Tätigkeiten fort, für welche die Vereinbarung eines Entgelts gesetzlich unzulässig ist, so z. B. bei Heiratsvermittelungen wegen § 656 BGB., selbst bei Wechselhingabe (KGBl. 01, 73; vgl. RG. 57, 22). (Ging aber das Versprechen der Provision z. B. wesentlich auf Verschaffung eines Pachtgutes und war nur nebenher die Heirat mit der Tochter des Verpächters zu vermitteln, so ist die Provision nicht unzulässig [OLG. Karlsruhe BadRpr. 03, 195].) Dies muß schon deshalb angenommen werden, weil auch hier nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte anzunehmen ist, die Nichtzahlung entspreche den Absichten der Parteien. Jede andere Konstruktion dieser Annahme erübrigt sich daher. Auch dann fällt der Anspruch aus demselben Gesichtspunkt weg, wenn mit dem Anspruch so spät hervorgetreten wird, daß darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt (SeuffA. 50 Nr. 156, Sackmiete). Der Anspruch ist nie entstanden, wenn die Tätigkeit entfaltet wird, obgleich der die Dienste Entgegennehmende von vornherein deutlich jede Vergütung abgelehnt hatte (JW. 01, 164[17]).

Anm. 8. δ) Beispiele für Geschäftsbesorgungen und Dienste, welche unter den vorliegenden Paragraphen fallen, sind überflüssig. Es soll nur darauf hingewiesen werden, daß auch die Überlassung von Waren zum Gebrauch, die Eröffnung eines Kredits, die Übernahme eines Risikos darunter fällt. Zur Übernahme eines Risikos gehört z. B. die Hergabe von Gefälligkeitsakzepten, die Übernahme der Bürgschaft (ROHG. 11, 248), die Saldoziehung, wenn darin eine selbständige Vorschußgewährung zu erblicken ist (ROHG. 16, 34; 22, 73). Daß für den Verkauf eines Pfandes und für sonstige Zwangsveräußerungen Provision gefordert werden kann, darüber oben Anm. 5.

Anm. 9. Das Gesetz hebt unter den Dienstleistungen die Aufbewahrung besonders hervor. Hier bezieht sich die Vergütung nicht nur auf die Benutzung des Raumes, sondern auch auf die Verantwortlichkeit des Aufbewahrers. Sie muß daher auch dann geleistet werden, wenn der Kaufmann die Gegenstände bei sich selbst lagern läßt (RG. 1, 286), auch dann, wenn sie einen ganz geringfügigen Raum einnehmen. Andererseits kann der Kaufmann kein Lagergeld fordern, wenn jemand ohne sein Vorwissen seine Räume zur Lagerung benutzt, weil hier kein dem anderen Teil gewährter Dienst vorliegt (ROHG. 23, 95). Hier kann höchstens Schadensersatz berechnet werden. Näheres über die Fälle, wann Lagergeld gefordert werden kann, unten Anm. 13.

Anm. 10. b) **Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen.** Vorschüsse sind etwas anderes als Darlehen. Unter Vorschüssen sind Vorausleistungen auf zu erfüllende Verträge zu verstehen, z. B. wenn der Verkaufskommissionär dem Kommittenten den Kaufpreis für die Ware bezahlt, ehe der Verkauf noch erfolgt (Bolze 3 Nr. 339), oder, wenn der Käufer seinem Verkäufer Vorschüsse zu dessen Einkäufen macht (JW. 86, 249[13]), oder wenn der Prinzipal dem Kommis das Gehalt im voraus zahlt, oder wenn der Besteller dem Lieferanten ganz oder teilweise zahlt, damit der Fabrikant imstande sei, die Ware herstellen zu können. Auslagen sind solche, die der Beauftragte oder derjenige, der auf Grund eines Werkvertrages oder

Digitized by Google

Dienstvertrages die Geschäfte eines anderen besorgt, für den Auftraggeber macht. Andere Verwendungen sind z. B. die des Geschäftsführers ohne Auftrag (§ 683 BGB.). § 354.

3. **Worin besteht der Anspruch? In einer Vergütung für den geleisteten Dienst,** die geschuldet wird auch ohne Verabredung, weil das Gesetz diese Vergütung dem Kaufmann zubilligt. Die Vergütung wird bei Dienstleistungen Provision, bei Aufbewahrungen insbesondere Lagergeld, bei Darlehen und sonstigen Auslagen Zinsen genannt. Anm. 11.

a) Die Provision wird gewöhnlich in Prozenten des Wertes oder Preises desjenigen Gegenstandes berechnet, auf welchen die Dienstleistung gerichtet war. Maßgebend für die Höhe ist der ortsübliche Satz. Taxen, durch die der Satz festgelegt wird, sind hiernach in erster Linie entscheidend (unten Anm. 14). Wo aber ein solcher Satz nicht besteht, da verbleibt es doch bei dem gesetzlichen Provisionsanspruch, und es tritt richterliches Ermessen nach §§ 315 f. BGB. ein (OLG. Hamburg OLGR. 8, 439), falls nicht ein Handelsgebrauch festzustellen ist (RG. im Recht 04, 83[406]). Wenn es aber ortsüblich ist, für gewisse Dienste keine Provision zu zahlen, so gibt es keinen gesetzlichen Anspruch auf Vergütung (oben Anm. 6).

Hat der Leistende einen Preis bestimmt, so ist er hieran gebunden und darf ihn nicht nachträglich erhöhen, wenn der andere Teil den Anspruch oder auch nur die Höhe bestreitet; es sei denn, daß es sich seinerseits nur um eine Vergleichsofferte gehandelt hat (RLHG. 11, 249). Anm. 12.

b) Das Lagergeld insbesondere wird auch dann geschuldet, wenn der Aufbewahrende zugleich ein eigenes Interesse verfolgt, z. B. ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht geltend macht (oben Anm. 5). Immerhin muß die Ware als eine solche betrachtet werden, die eine fremde ist und bleibt, was nicht der Fall ist, wenn sie in der Absicht des Erwerbes erbeten ist, z. B. beim Kauf auf Probe (Regelsberger bei Endemann II 497 Note 8; RHG. 24, 48) oder bei der Übersendung zur Ansicht, was sich aber durch den Rücknahmeverzug des Verkäufers ändert. Doch kommt es auf die Eigentumsfrage nicht an. Vorausgesetzt ist nur, daß der Kaufmann in einem solchen Rechtsverhältnisse zur Sache steht, daß deren Aufbewahrung ihm gegenüber sich als eine Dienstleistung für den andern darstellt. Es kann hiernach auch der Verkäufer beim Abnahmeverzuge des Käufers Lagergeld fordern (Bolze 11 Nr. 403; 16 Nr. 414; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 480), und ebenso der Käufer, nachdem er die Ware zur Disposition des Verkäufers gestellt hat (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 556; weitere Fälle oben Anm. 9). Anm. 13.

Über die Höhe des Lagergeldes entscheidet der ortsübliche Satz, in Ermangelung desselben richterliches Ermessen. Wenn aber nach Ortssitte ein Lagergeld in gewissen Fällen nicht gefordert wird, so entfällt der gesetzliche Anspruch auf das Lagergeld (vgl. oben Anm. 11). Anm. 14.

c) Die Zinsen. Sie sind keine Verzugszinsen, sondern eine gesetzlich vorgesehene Entschädigung für die Benutzung fremden Kapitals. Dieser Zinsanspruch geht weit hinaus über den, welchen § 353 zubilligt. Denn nach dem letzteren Paragraphen laufen die Zinsen erst vom Tage der Fälligkeit und nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften; hier laufen sie vom Tage der Leistung, und es genügt, wenn die Leistung ein Handelsgeschäft seitens des Leistenden ist. Wenn die Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen Platz greifen, so fällt die Anwendung des § 353 natürlich fort. Anm. 15.

Der Anspruch ist ein aus dem Gesetze hervorgehender, vom Verzuge des Schuldners keineswegs abhängender, wie ja schon daraus hervorgeht, daß die Zinspflicht schon beginnt mit der Leistung durch den Gläubiger, also sogar schon vor der Fälligkeit; daher ist die Verabredung der Verzinslichkeit von Vorschüssen nicht zu beanstanden (JW. 97, 546[20]). Dagegen fällt, wie jede Verzinsung einer verzinslichen Geldschuld, so auch die Verzinsung der vorliegenden weg, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug gelangt, oder wenn der Schuldner aus gerechtem Grunde hinterlegt (über diese Fälle der Unterbrechung des Zinslaufs § 353 Anm. 10, 11). Die teilweise abweichende Entscheidung des RHG. 18, 137, die den Anm. 16.

Digitized by Google

§ 354. Lauf der Zinsen durch ein vergebliches Erfüllungsangebot nicht aufhalten will, trifft nicht mehr zu.

Anm. 17. Der Lauf der Zinsen hört dadurch nicht auf, daß der Gläubiger aufhört, Kaufmann zu sein, sei es, daß er sein Handelsgewerbe aufgibt, oder daß seine Forderung auf einen Rechtsnachfolger übergeht, der nicht Kaufmann ist (Bolze 5 Nr. 300; oben Anm. 2). Die Höhe der Zinsen ist 5 % (§ 352).

Anm. 18. **Zusatz 1. Der vorliegende Paragraph bezieht sich nur auf den Fall mangelnder Vereinbarung.** Durch Abrede kann überall eine anderweite Belohnung vereinbart werden. Die partikularrechtlichen Beschränkungen in bezug auf die zu vereinbarende Höhe sind beseitigt (Exk. vor § 93 Anm. 11). Daher sind auch überall Handelsgebräuche zu beachten (RG. Recht 04, 83[406]).

Anm. 19. **Zusatz 2. Beweislast.** Fordert der Kaufmann ortsübliche oder angemessene Vergütung, und wendet der andere Teil Preisvereinbarung ein, so hat der die Provision Fordernde seinen Klagegrund, d. h. die von ihm eigentlich behauptete Tatsache zu beweisen, daß eine Vereinbarung nicht getroffen worden ist; denn angemessene Vergütung kann erst gefordert werden, wenn nichts anderes vereinbart worden ist (vgl. RG. 57, 49; Betzinger, Beweislast 166; Rosenberg A. ziv. Pr. 94, 127; dagegen 6/7. Aufl. u. Martinius DJZ. 03, 146).

Anm. 20. **Zusatz 3. Übergangsfrage.** Es entscheidet einfach Art. 170 EG. z. BGB. (auf alte Schuldverhältnisse findet das alte Recht Anwendung; RG. 57, 22). Über die Zinspflicht § 352 Anm. 17.

§ 355.

§ 355. Steht Jemand mit einem Kaufmanne derart in Geschäftsverbindung, daß die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Theil sich ergebenden Ueberschusses ausgeglichen werden (laufende Rechnung, Kontokurrent), so kann derjenige, welchem bei dem Rechnungsabschluß ein Ueberschuß gebührt, von dem Tage des Abschlusses an Zinsen von dem Ueberschusse verlangen, auch soweit in der Rechnung Zinsen enthalten sind.

Der Rechnungsabschluß geschieht jährlich einmal, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist.

Die laufende Rechnung kann im Zweifel auch während der Dauer einer Rechnungsperiode jederzeit mit der Wirkung gekündigt werden, daß derjenige, welchem nach der Rechnung ein Ueberschuß gebührt, dessen Zahlung beanspruchen kann.

Lit.: Levy, Lehre vom Kontokorrent, 84; Grünhut in Endemann Handbuch III 936 ff.; Greber, Das Kontokorrentverhältnis, 93; Theusner, Die rechtl. Natur des KKvertrags, 01; Mohr, Der Kontokorrentverkehr, 02; Hartmann, Das Kontokorrentverhältnis nach den Vorschriften des n. HGB., 04 (Diss.); Regelsberger, Die rechtl. Natur der Abrechnung IheringsJ. 46, 1; Trumpler, Die Differenzgeschäfte, ZHR. 50, 388; Sontag, Die Geschäftsbedingungen im Verkehr der Banken usw., BankA. 3, 181; Betzinger, Buchführungsrecht, Leipzig 05, 109 ff. (Zinsberechnungsmethoden mit Beispielen); derf. im Recht 02, 2.

Einleitung. **Die §§ 355, 356 und 357 geben Bestimmungen über das Kontokorrentverhältnis.** Sie sind weit ausführlicher, als der frühere Art. 291, der nur eine Vorschrift über das Recht des Zinseszinses beim Kontokorrentverhältnis und über die Abrechnungszeit enthielt. Im übrigen beruhten die Grundsätze über das Kontokorrentverhältnis auf Gewohnheitsrecht und Rechtsprechung. Diese hatten dem Kontokorrentverhältnis die Natur eines besonderen Rechtsinstituts verschafft (ROHG. 11, 143; RG. 1, 18). Dies wird jetzt vom Gesetze anerkannt.

Digitized by Google

1. **Wesen des Kontokorrentverhältnisses.** § 355.

a) Der **Grundgedanke** des Kontokorrentverhältnisses (zu unterscheiden von der gewöhnlichen laufenden Rechnung; Exk. zu § 357) ist der: An sich ist es jedem Kontrahenten überlassen, auf welche von verschiedenen Forderungen er eine Zahlung leisten will, mit welcher der dem anderen Teil zustehenden Gegenforderungen er seine eigenen Forderungen aufrechnen, und wie und wann er sie geltend machen will, ob alle zusammen oder einzeln. Oft entspricht es aber dem Zwecke oder der gedeihlichen Entwicklung einer Geschäftsverbindung nicht, wenn die beiderseitigen Einzelforderungen und Einzelleistungen jenen Sondercharakter behalten; vielmehr ist es oft zweckentsprechend, daß die Einzelleistungen ihren besonderen Beziehungen auf die Leistungen des anderen Teils entzogen und nur als Glieder eines Ganzen, nur als Teile der beiderseitigen am Schlusse der Rechnungsperiode festzustellenden Gesamtleistung in Betracht kommen. Diesen Erfolg können die Parteien durch Vereinbarung herstellen. Sie können übereinkommen, daß die einzelnen Zahlungen nicht auf eine bestimmte Forderung geleistet, die Einzelforderungen nicht mit bestimmten Gegenforderungen aufgerechnet, auch für sich allein nicht geltend gemacht werden sollen, daß vielmehr am Schlusse der Rechnung periodisch abgerechnet und so festgestellt werden soll, wer von beiden Teilen Gläubiger ist und wieviel er zu fordern hat. **Eine auf solcher Grundlage begründete Geschäftsverbindung ist ein Kontokorrentverhältnis.** Mit der eben gegebenen Charakterisierung des Kontokorrentverhältnisses befinden wir uns im Einklange mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG. 1, 19; 10, 53; 18, 247; JW. 99, 494[33]; 03 Beil. 35[73]); in der Auffassung über die Wirkung des Anerkenntnisses gehen wir jedoch mit ihm auseinander (unten Anm. 5). Anm. 1.

Es liegt hiernach in dem Kontokorrentvertrage eine Vereinbarung eigentümlicher Art. **Durch die gegenseitige Feststellung des Saldos** werden die bisherigen Einzelforderungen getilgt und es tritt an die Stelle dieser eine neue Forderung anderer Art: das Guthaben aus dem festgestellten Saldo, bei dem die einzelnen Posten nicht als schuldbegründend oder schuldtilgend, sondern lediglich als Posten der Debet- und Kreditseite zu betrachten sind, so daß allein dem durch die periodische Verrechnung festgestellten Überschuß, dem Saldo rechtliche Bedeutung zukommt (RG. 60, 292; JW. 03 Beil. 35[73]). Es tritt hiernach am Schlusse der Rechnungsperiode eine Novation ein, d. h. die Umwandlung der bisherigen Schuldverhältnisse in ein neues; ein Rechtsinstitut, das auch dem neuen Recht bekannt ist (§§ 364 Abs. 2; 607 Abs. 2 BGB. s. JW. 06, 550[18, 19]; Dernburg II 1 § 120 II, u. II 2 § 236 IV). Der Kontokorrentvertrag enthält daher die Vereinbarung einer am Schlusse der Rechnungsperiode vorzunehmenden Novation (unten Anm. 27). Diese Novationsabrede übt auf den Rechtscharakter der einzelnen Forderungen während der Dauer der Rechnungsperiode einen erheblichen Einfluß aus, wenn sie ihnen auch den Charakter wirklicher Forderungen nicht nimmt. Sie sind wirkliche Forderungen, aber solche, hinsichtlich deren die Tilgung durch Novation vereinbart ist (unten Anm. 41). Von selbst gelten hierdurch die beiderseitigen Leistungen als gestundet bis zum Abschluß der Rechnungsperiode, und es mag dies als **die vornehmste Folge** der Novationsabrede, nicht aber darf es als **das Wesen** des Kontokorrentverhältnisses betrachtet werden (unten Anm. 7). Von selbst sind ferner durch die Novationsabrede die einzelnen Forderungen von selbständiger Geltendmachung ausgeschlossen (unten Anm. 17). Anm. 2.

Diese Auffassung vom Wesen des Kontokorrentverhältnisses wird auch durch die gesetzliche Definition unseres Paragraphen bestätigt. Denn danach sollen die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen „durch Verrechnung" und Feststellung des Saldos „ausgeglichen" werden. Sowohl das Wort „Verrechnung", als auch das Wort „ausgleichen" lassen keinen Zweifel daran übrig, daß die beiderseitigen Ansprüche beseitigt werden sollen. Das Wort **Verrechnung** ist in der juristischen Sprache stets dazu verwendet worden, um die Tilgung, die Beseitigung von Ansprüchen zum Ausdruck zu bringen (RG. 35, 288), und die **Ausgleichung** von Ansprüchen bedeutet ebenfalls die rechtliche Tilgung und Beseitigung derselben. Anm. 3.

Digitized by Google

§ 355. Es kommt endlich noch hinzu, daß nach D. (197) der Zweck des Kontokorrentverhältnisses der ist: „Die Vielheit der gegenseitigen Ansprüche durch periodische Feststellung eines einzelnen Forderungspostens zu ersetzen."

Anm. 4. Freilich macht D. 198 bei der Begründung des § 356, wonach die für einzelne Posten bestellten Sicherheiten durch die Feststellung des Saldos nicht untergehen, eine hiermit in Widerspruch stehende bedenkliche Ausführung. Um die Bestimmung des § 356 zu rechtfertigen, sagt sie: „Eine eigentliche Aufrechnung der Einzelposten findet bei der Saldoziehung nicht statt; denn es stehen sich nicht nur wirkliche Forderungen gegenüber, und die gänzliche Ausgleichung erfolgt buchmäßig nur durch Einstellung des Saldopostens selbst." Das ist nach jeder Richtung unhaltbar. Zunächst ist es unlogisch, wenn die Denkschrift sagt, eine Aufrechnung finde nicht statt, weil sich nicht bloß wirkliche Forderungen gegenüberstehen. Darin liegt ein eigentümlicher Gedankenfehler. Allerdings kann nicht bei allen Einzelposten eine Aufrechnung stattfinden, denn ein Teil derselben besteht in einfachen Zahlungen, nicht in Forderungen. Aber gerade der Hinblick auf diese anderen Posten hätte dem Verfasser der Denkschrift zeigen müssen, wie in der Saldofeststellung eine Tilgung liegt. Denn soweit die Einzelposten Zahlungen sind, ist es doch selbstverständlich, daß ihre bis zum Ablauf der Periode aufgeschobene Tilgungsfunktion nunmehr eintritt. Denn wann sollte sie sonst eintreten? Und eine andere Funktion kommt einfachen Zahlungen nicht zu. Da nun aber die Posten der Rechnung nicht zum Teil getilgt, zum Teil ungetilgt bleiben können und sollen, sondern gerade umgekehrt eine Gesamtabrechnung stattfinden soll, so ergibt sich hieraus, daß auch die wirklichen Forderungen zu der gegenseitigen Tilgungsoperation verwendet, also zur Aufrechnung benutzt werden. Statt dessen macht die Denkschrift einen unlogischen Schluß: Weil nicht alle Einzelposten zur Aufrechnung geeignet sind, deshalb — finde überhaupt keine Tilgung der Einzelposten statt und „die gänzliche Ausgleichung erfolgt buchmäßig nur durch Einstellung des Saldopostens selbst". Indessen wenn auch nicht alle Einzelposten zur Aufrechnung geeignet sind, so sind doch alle Posten zur Tilgungsvornahme geeignet; mithin besteht kein Hindernis, einen allgemeinen Tilgungsvorgang anzunehmen. Das Ergebnis der Denkschrift ist aber nicht nur unlogisch, sondern auch mit dem von ihr selbst aufgestellten Zwecke des Kontokorrents unvereinbar. Nach ihren eigenen Ausführungen ist der Zweck des Kontokorrentverkehrs eine Vereinfachung der gegenseitigen Beziehungen durch Aufrechnung sowie die Umwandlung der bisherigen Schuldverhältnisse in einen einzigen neuen Schuldgrund, nämlich den Anspruch aus dem anerkannten Saldo. Dieser Anspruch, der aus dem Anerkenntnis abgeleitet wird, ist zu aus der abstrakten Natur des Schuldanerkenntnisses rechtfertigen (§§ 780, 781 BGB.). Diese Umwandlung enthält notwendigerweise eine Novation, wie oben Anm. 2—4 und in der 6/7. Aufl. § 355 Anm. 4 eingehend erörtert ist. Es wird darauf verwiesen.

Anm. 5. Vom Reichsgericht ist der Novationscharakter der Saldofeststellung, nachdem es früher denselben angenommen hatte (RG. 10, 55), später abgelehnt worden (RG. 18, 248). In dieser letzteren Entscheidung meint das RG., daß es der Novation am Gegenstande fehle, weil die einzelnen Posten des Kontokorrents keine wahren Forderungen, sondern nur Rechnungsposten seien. Auch in RG. 44, 388 ist die Meinung aufgestellt, daß im Kontokorrent die einzelnen Leistungen keine „Forderungen" seien. Daß es keine selbständigen Forderungen sind, ist richtig, aber daß von der Existenz von Forderungen überhaupt nicht die Rede sein könnte, ist nicht richtig. In den jüngeren Entscheidungen des RG. wird dann nur noch von „Ansprüchen" und „Leistungen" gesprochen, die sich nicht als selbständige „Einzelposten" gegenüberstehen. Bloße Rechnungsposten, Zahlen ohne Begriff gibt es wohl in der Mathematik, aber nicht im Leben, im Geschäftsverkehr, in der Jurisprudenz. Die einzelnen Rechnungsposten sind teils Zahlungen, teils wirkliche und reine Forderungen, denen nicht die Qualität einer Obligation fehlt, sondern nur eine rechtliche Beschränkung insofern anhaftet, als sie nach dem Willen der Parteien nicht einzeln und nicht vor dem Ablauf des Kontokorrentverhältnisses geltend gemacht werden sollen (unten Anm. 41).

Digitized by Google

§ 355. Für die Novation sprachen sich nach früherem Recht aus Greber 117 und die von ihm zitierten Brinkmann, Kuntze, Dernburg, Scherer, Buhl und Endemann. Goldschmidt System 4. Aufl. 205 nahm einen novationsähnlichen Rechtsakt an. Cosack § 69 I Anm. 8 leugnet auch dies und erblickt in der Saldoanerkennung nur eine akzessorische Stipulation; dagegen erblickt er in dem Vortrag des Saldos auf neue Rechnung eine Novation, ihm folgt Förtsch Anm. 3 und 4 zu Art. 291; gegen ihn Dernburg II 1 § 120 II. Letzterer verneint anscheinend nach neuem Recht den Novationscharakter der Saldofeststellung, weil diese die bestehenden Sicherheiten unberührt läßt (§ 356). Doch ist diese Erscheinung mit dem Novationscharakter nicht unverträglich, da sie anders zu konstruieren ist (Anm. 1 zu § 356). Für die Novation auch Düringer-Hachenburg (§ 355 Note VIII 1 und § 356 Note I). Über andere Theorien Mohr 65 ff. Anm. 6.

Das Wesen des Kontokorrentvertrages kann aber nicht gefunden werden in einer gegenseitigen Kreditgewährung. Sicherlich nicht in dem Sinne, daß die Parteien verpflichtet wären, mit einander Rechtsgeschäfte abzuschließen; der Kontokorrentvertrag ist kein Krediteröffnungsvertrag. Aber auch nicht in dem Sinne, daß die Parteien verpflichtet wären, einander die Verbindlichkeiten aus den abgeschlossenen Rechtsgeschäften zu stunden. Allerdings da die einzelnen Leistungen für sich allein nicht geltend gemacht werden dürfen, sondern nur als Glieder des nach Ablauf der Rechnungsperiode sich ergebenden Ganzen zur Geltung kommen und im Endergebnis aufgehen sollen, so ergibt sich daraus, daß sie auch zeitlich gebunden sind. Aber in dieser zeitlichen Gebundenheit, in der besonders Greber (80) das Wesen des Verhältnisses erblickt, erschöpft es sich nicht. Denn sie läßt manche Erscheinungen des Kontokorrentverhältnisses, die auch Greber annimmt, z. B. die Unübertragbarkeit und die Unpfändbarkeit der einzelnen Posten, unerklärt. Ja sie läßt die vornehmste Rechtsfolge des Kontokorrentverhältnisses, daß die einzelnen Rechnungsposten im schließlichen Endergebnis aufgehen und durch dasselbe als abgetan gelten sollen, unerklärt. Aus einer bloßen Stundungsabrede kann sie sich unmöglich „von selbst" (Greber 63) ergeben. Jene Rechtsfolge gilt vielmehr, weil sie vereinbart ist, und umgekehrt folgt die Stundung der Einzelforderungen aus dieser Vereinbarung von selbst. Anm. 7.

Die periodische Feststellung und Anerkennung des Saldos hat, wie Düringer-Hachenburg (§ 355 Note VIII) mit Recht hervorheben, eine zweifache Bedeutung; nämlich einmal einer vertragsmäßigen Aufrechnung der Einzelposten. Wird nämlich der Saldo anerkannt, so ist damit die vertragsmäßige Aufrechnung, die wie ein Erfüllungsakt, also wie eine Zahlung, wirkt, hinsichtlich der beiderseitigen Ansprüche und Leistungen vollzogen. Durch diesen Erfüllungsakt werden daher auch Spiel-, Wett- und Differenzgeschäfte sowie klaglose Börsentermingeschäfte getilgt; zugleich liegt in der Anerkennung des Saldos aber auch ein abstraktes Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen im Sinne der §§ 780, 781 BGB. (RG. 38, 240; 56, 20; JW. 98, 308[91]; 03, 123[4]; Bell. 35[78]; RG. Holdheim 14, 194; weiteres unten Anm. 30).

b) Dem Kontokorrentvertrag wesentlich ist ferner, daß auf beiden Seiten Forderungen entstehen. Eine Geschäftsverbindung, bei welcher für den einen Teil Forderungen entstehen, der andere Teil nur Zahlungen leistet, ist kein Kontokorrent. Das war schon früher herrschende Meinung (ROHG. 3, 149; RG. 1, 19; 22, 151; OLG. Frankfurt ZHR. 43, 349; Förtsch Anm. 2 zu Art. 291; Greber 2) und muß auch jetzt gelten, da § 355 von beiderseitigen Ansprüchen spricht (Cosack § 69 I 12). Indessen braucht die gegenseitige Kreditierung nur beabsichtigt zu sein. Ob sie auch wirklich durchgeführt wird, ist nicht erheblich (Cosack ebenda). Insbesondere hört ein längere Zeit bestehender Kontokorrentverkehr dadurch nicht auf, seinen Charakter zu verlieren, daß im Laufe einer Periode nur der eine Teil Forderungen erwirbt, der andere Teil nur Zahlungen macht, oder auch dies nicht einmal; doch ist zu beachten, daß man vor allem den Parteiwillen in Betracht zu ziehen hat (JW. 92, 374[18]). Anm. 8.

c) Endlich aber gehört zum Wesen des Kontokorrentvertrags, daß mindestens ein Teil Kaufmann ist oder als Kaufmann gilt (wofür die §§ 1—5 und Exkurs zu § 5 Anm. 9

Digitized by Google

§ 355. maßgebend sind). Auch daß der eine Teil Minderkaufmann ist, genügt (vgl. hierüber Anm. 14). Über den, der als Kaufmann gilt, siehe unten Anm. 14.

Anm. 10. Damit ist jedoch hier nur gesagt, daß die vom Gesetze aufgestellten Regeln über den Kontokorrentvertrag von selbst nur gelten, wenn ein Teil Kaufmann ist. Nicht unzulässig aber ist es, daß auch Nichtkaufleute einen Kontokorrentvertrag schließen, und es steht auch nichts entgegen, aus der Art einer Geschäftsverbindung eine stillschweigende Abrede dieses Inhalts zu entnehmen (ROHG. 11, 140; 14, 70). Immer aber ist davon auszugehen, daß die gesetzlichen Folgen des Kontokorrentverhältnisses sich zunächst nur an das Kontokorrentverhältnis knüpfen, welches die gesetzlichen Voraussetzungen enthält. Diese gelten hier, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart ist. Bei jedem sonstigen Kontokorrentverhältnisse dagegen gelten diese Rechtsfolgen nicht als gesetzliche, sondern lediglich als vereinbarte, also nur dann, wenn erhellt, daß die Absicht der Parteien darauf gerichtet war, diese Rechtsfolgen sollten auch für sie gelten. Und ferner ist zu bedenken, daß die die Rechte des Gläubigers behandelnde Bestimmung des § 357 nur auf ein Kontokorrentverhältnis zutrifft, das den gesetzlichen Erfordernissen des § 355 entspricht, also nicht auf ein solches zwischen Nichtkaufleuten. Die Rechte der Gläubiger einem *solchen* Kontokorrentverhältnisse gegenüber bestimmen sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (JW. 90, 377[20]; vgl. Exk. zu § 357).

Anm. 11. d) *Dagegen gehört es nicht zu den gesetzlichen Voraussetzungen des Kontokorrentverhältnisses, daß die Einzelposten verzinslich sind* (Grünhut 947; so jetzt auch wohl Cosack § 69 I Anm. 10 gegen die früheren Auflagen). Zwar hat es den Anschein, als ob die Begriffsbestimmung unseres Paragraphen die Verzinslichkeit der Einzelposten als wesentliches Erfordernis des Kontokorrentverhältnisses betrachte. Allein es handelt sich nur um eine schlecht gewählte Redewendung. Wie die 2. D. 198 ergibt, sollte es nur Voraussetzung der gesetzlichen *Verzinslichkeit* des Saldopostens sein, daß auch die einzelnen Posten verzinslich sind, nur dann „erscheine es gerechtfertigt, die Saldoforderung als einen selbständigen *zinstragenden* Posten zu behandeln". Aber ganz unverständlich wäre es, wenn der Gesetzgeber beabsichtigt hätte, das eigentümliche Rechtsinstitut des Kontokorrentverhältnisses und seine sonstigen gesetzlichen Folgen außer der Verzinslichkeit nur dort anzuerkennen, wo die Einzelposten verzinslich sind. Die Verzinslichkeit ist nur eine der möglichen Seiten des Kontokorrentverhältnisses, diese hat der Gesetzgeber von Gesetzes wegen nur eintreten lassen wollen, wenn die Einzelposten verzinslich waren. Aber die andere, weitaus wichtigere Seite dieses Instituts, die Aufschiebung der Aufrechnung der beiderseitigen Ansprüche und der Tilgungsfunktion der beiderseitigen Zahlungen, sowie die völlige Beseitigung aller beiderseitigen Ansprüche und ihre Ersetzung durch ein festgestelltes Saldo haben mit der Verzinslichkeitsfrage nichts zu tun. Diese können eintreten und treten ein, wenn wegen Unverzinslichkeit der Einzelposten auch der Saldo nicht verzinslich ist; der Saldo ist dann kein selbständiger *zinstragender*, wohl aber ein selbständiger nicht zinstragender Posten. Allerdings kann die Nichtverzinslichkeit ein Anzeichen für das Nichtbestehen eines eigentlichen Kontokorrents sein (JW. 02, 97[24]).

Anm. 12. 2. **Die Eingehung des Kontokorrentvertrages.** Sie erfolgt formlos, da eine Form nirgends vorgeschrieben ist, auch durch konkludente Handlungen (RG. 18, 247), insbesondere auch durch tatsächliche Übung (ROHG. 6, 256; 10, 99; 11, 142; Bolze 16 Nr. 337). Im Verhältnis zu Minderkaufleuten wird man freilich der bloß tatsächlichen Übung die Rechtswirkung des Abschlusses eines Kontokorrentvertrages nur mit Vorsicht beilegen können (ROHG. 2, 443). Das erheblichste Kennzeichen einer durch tatsächliche Übung vereinbarten Kontokorrentverbindung liegt in der Zusendung periodischer Rechnungsabschlüsse, wenn sich dazu noch feststellen läßt, daß die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen ihre Selbständigkeit verlieren und nur für die künftige Saldoziehung in Betracht kommen sollen (ROHG. 10, 99; 12, 72; JW. 03 Beil. 35[75]); aber auch aus anderen Momenten kann die Vereinbarung geschlossen werden (ROHG. 6, 256; 10, 99 Anm. *). Der Name Kontokorrent ist nicht unbedingt entscheidend (unten Anm. 13), desgleichen nicht das Vorliegen einer Debet- und einer Kreditseite und eines Saldos (RG. 22, 150);

Digitized by Google

wohl aber, wenn bei Übertragung des Kontos ohne Zurückgehen auf die Einzelposten lediglich ein Saldo vorgetragen und dieses Saldo wiederum ohne Zurückgreifen auf die Einzelposten getilgt wurde (RG. 60, 292). Fehlt es an einem wirklichen Kontokorrent, so verlieren die Einzelposten ihre Selbständigkeit trotz periodischer Gegenüberstellung und Abrechnung nicht. Der Saldo ist alsdann nur das rechnerisch zusammengefaßte Ergebnis der durch Aufrechnung und Zahlung nicht gedeckten einzelnen Forderungen des nicht befriedigten Gläubigers (RG. 10, 53; 22, 148; Gruch. 46, 1129), falls nicht auch hier ein Anerkenntnis des Abrechnungssaldos nach Anm. 4 Exk. zu § 357 vorliegt. Über den mit dem Kontokorrentvertrag regelmäßig verbundenen Kreditvertrag § 349 Anm. 58. § 355.

Die Vereinbarung braucht nur dahin zu gehen, daß alle etwaigen Zahlungen und Forderungen nicht einzeln geltend gemacht, sondern daß *periodisch abgerechnet* und nur der Überschuß geltend gemacht werden soll. Eine Abrede über die Art der Kreditierung und der Zahlung und über die näheren Modalitäten derselben gehört nicht zum Inhalt und daher auch nicht notwendig zur Perfektion des Kontokorrentvertrages. Daher wird z. B. ein Kontokorrentverhältnis gültig begründet, wenn die Parteien vereinbaren, daß sie in Kontokorrentverkehr treten wollen und dabei nur ein Teil von dem andern für das jedesmalige Guthaben Zigarren entnehmen werde, selbst wenn über die Sorte und den Preis der Zigarren nichts verabredet ist (ROHG. 17, 218). Von selbst versteht es sich, daß auch unwesentliche Punkte zur Einigung gehören, wenn nach der Erklärung auch nur einer Partei hierüber eine Vereinbarung getroffen werden soll (§ 154 BGB.). Die Geschäftsbedingungen, die der Bankier bei Eingehung des Kontokorrentvertrags dem Kunden zusendet, bilden einen Teil des Vertragsantrags. Der Kunde muß also widersprechen, wenn er sie nicht als Vertragsbestandteil gelten lassen will (RG. 13, 77); wegen der Schiedsgerichtsklausel unten Anm. 24 und Exk. zu § 376. Anm. 13.

3. **Die Kontrahenten des Kontokorrentvertrages.** Der eine Teil muß Kaufmann sein. Er kann auch Minderkaufmann sein (Anm. 12). Wie aber bereits oben Anm. 9 hervorgehoben, greifen die gesetzlichen Regeln des Kontokorrentverhältnisses auch dann Platz, wenn der eine Teil als Kaufmann gilt, und zwar zunächst, wenn er nach § 5 als Kaufmann gilt. Auch die Bestimmung des § 357, obwohl sie für und gegen den Dritten sich richtet, greift auf das Verhältnis zum Gläubiger Platz, weil jeder sich auf die Eintragung berufen kann. Ferner aber finden die Regeln über das Kontokorrentverhältnis auch dann Anwendung, wenn der eine Teil infolge Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann gilt (Exk. zu § 5). Auch hier steht nichts entgegen, aus der Geltung als Kaufmann die Folgerung zu ziehen, daß alle Regeln des Kontokorrentverhältnisses anwendbar sind. Insbesondere besteht dieses Bedenken nicht hinsichtlich des § 357, obwohl diese Bestimmung sich auf den Dritten bezieht. Denn sie gilt zugunsten des Dritten, und jeder, der dem Rechtsverkehr angehört, kann auf die im Auftreten als Kaufmann liegende allgemeine Erklärung zu seinen Gunsten sich berufen, soweit überhaupt der Parteiwille Rechtsfolgen zeitigen kann. Anm. 14.

Daß auch *Nichtkaufleute* einen Kontokorrentvertrag schließen können und mit welchem Erfolge, darüber siehe oben Anm. 10.

4. **Gegenstand des Kontokorrentvertrages** können alle Zahlungen und Forderungen einer Geschäftsverbindung sein (auch Mietsforderungen, unten Anm. 16). Natürlich nur Geldforderungen (RG. 2, 263). Welche es im einzelnen Falle sind, bestimmen die Vereinbarungen und die Umstände (ROHG. 5, 42; JW. 04, 76[52]). Im Zweifel ist anzunehmen, daß sämtliche auf den gewöhnlichen Geschäftsverkehr bezüglichen Geldverbindlichkeiten in den Kontokorrentnexus eintreten sollen (Greber 58). Es sind hiernach z. B. solche Verbindlichkeiten ausgeschlossen, deren Entstehung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nicht zu erwarten war, wie ungewöhnlich hohe Schadensersatzpflichten, ferner alle Werte, die mit einem besonderen, den Zielen des Kontokorrentvertrages widerstreitenden Auftrage übersandt werden, oder sonstige Verbindlichkeiten, deren Endzweck sich mit dem Wesen des Kontokorrentverkehrs nicht verträgt, z. B. das pactum de mutuo dando (Greber 58; Cosack § 69 I 11) und Gelder, die dem Anm. 15.

Digitized by Google

§ 355. Bankier bis Ultimo des nächsten Monats gegen bestimmte Zinsen fest überlassen worden sind (RG. in Gruch. 47, 676). Daß eine Forderung nicht in der Person des Kontokorrentisten entstanden, sondern ihm erst übertragen worden ist, hindert nicht die wirksame Einsetzung in das Kontokorrent (RG. 28, 34). Aus der Eigenart der Ansprüche wird von der Rechtsprechung (allerdings unter Widerspruch der Wissenschaft: Levy-Rießer 114—117; Greber 58; D. 198) mit Recht hergeleitet, daß Wechsel und kaufmännische Verpflichtungsscheine in der Regel nicht darunter fallen; solche Ansprüche können also in der Regel besonders geltend gemacht werden; daß bei Hergabe des Wechsels dessen Betrag dem Geber in laufender Rechnung gutgeschrieben worden ist, ändert hieran nichts (ROHG. 3, 145; 9, 245; 22, 337; Bolze 5 Nr. 548; OLG. Karlsruhe ZHR. 40, 490). Soweit die einzelnen Forderungen in den Kontokorrentvertrag nicht gehören, ist die gesonderte Geltendmachung nicht bloß gestattet, sondern zur Vermeidung des Eintritts der Verjährung geboten. Aber die Wechselforderung kann natürlich in das Kontokorrentverhältnis auch aufgenommen werden durch besondere Verabredung (ROHG. 22, 337), die auch stillschweigend erfolgen kann (ROHG. 5, 339). Die Übergabe eines Kundenwechsels zum Zweck solcher Verrechnung enthält keine Abtretung der der Wechselziehung zugrunde liegenden Warenforderung, sondern nur den Einziehungsauftrag und die Verpflichtung des Kreditnehmers, sich jeder Verfügung zu enthalten. Eine Zuwiderhandlung des Kreditnehmers verschafft daher dem Kreditgeber im Konkurs des Kreditnehmers keinen Aussonderungsanspruch, sondern nur eine einfache Konkursforderung aus dem Saldo (unten Anm. 41); hat aber der Konkursverwalter über die Warenforderung verfügt, so entsteht ein Masseanspruch nach § 59 Nr. 1 KO. (RG. 39, 373; näheres bei Mohr 117 ff.). Die bloße Buchung innerhalb der Kontokorrentposten ist noch kein sicheres Anzeichen für die Abrede der Verrechnung im Kontokorrent, sie kann auch nur provisorische oder ziffernmäßige Bedeutung für die Übersicht der beiden Konten haben. Durch die Saldofeststellung sind auch die Wechselforderungen getilgt, die in den Kontokorrentverkehr aufgenommen sind (unten Anm. 27), vorausgesetzt, daß die Wechsel nicht bloß vorbehaltlich des Eingangs der Valuta gutgebracht werden sollten (ROHG. 5, 43 und 340).

Anm. 16. 5. **Die Wirkungen des Kontokorrentvertrages** beruhen in der rechtlichen Veränderung, den die einzelnen Forderungen durch den Anspruch auf periodische Abrechnung erleiden (oben Anm. 2).

a) Die einzelnen Forderungen können nicht früher geltend gemacht werden, als nach Schluß der Rechnungsperiode. Sie gelten daher sämtlich als bis dahin gestundet. Bare, dem Bankier geleistete Einschüsse, sind daher nicht Zahlungen zur Tilgung eines bestimmten Debetpostens, sondern Leistungen zur Begründung eines Aktivpostens im Kontokorrent, deren Verrechnung bei der Saldoziehung erfolgt (JW. 04, 151[27]). Der Mieter kann, wenn die Mietsforderungen in den Kontokorrentverkehr fallen, nicht mehr wegen unpünktlicher Mietszahlung exmittiert werden (Preuß. Obertribunal in BuschA. 34, 275). Der Verkäufer kann, nachdem er die verkaufte Ware dem mit ihm in Kontokorrentverkehr stehenden Käufer übergeben hat, wegen Zahlungsverzug des Käufers vom Kauf nicht mehr zurücktreten; denn der Kaufpreis ist „gestundet" (§ 454 BGB.). Die Verjährung der Einzelforderungen beginnt nicht, weil beim Bestehen eines Kontokorrentverhältnisses die Forderungen mit ihrer Entstehung in das Kontokorrent fallen und damit sofort als bis zum Ende des Kontokorrentverhältnisses gestundet gelten. Bis dahin ist die Verjährung gehemmt (§ 202 BGB.). Man kann nicht so konstruieren, daß die Verjährung laufe, aber durch die Saldoziehung jeweils unterbrochen werde (§ 208 BGB.), auch nicht so, daß in dem Fall, in welchem nach Abs. 3 unseres Paragraphen das Kontokorrentverhältnis jederzeit gekündigt werden darf, die Verjährung mit Entstehung der Forderung etwa deshalb beginne, weil sie durch Kontokorrentkündigung jederzeit fällig gemacht werden darf; denn § 199 BGB. gilt nur, wenn die einzelne Forderung als solche durch Kündigung fällig wird. Hier wird aber nicht die einzelne Forderung gekündigt, sondern der Kontokorrentverkehr; durch dessen Ende wird die bis dahin gestundete Einzelforderung fällig (so nun auch Cosack § 69 I 4). Über Verjährung des Saldoanspruchs unten Anm. 32.

Digitized by Google

b) Die einzelne Forderung kann nicht besonders geltend gemacht werden. Sie kann daher nicht zur Aufrechnung gegen eine einzelne Forderung des anderen Teils gestellt werden und die gesetzlichen Regeln über die Aufrechnung beim Vorhandensein verschiedener Forderungen gelten nicht. Insbesondere aber kann die einzelne Forderung nicht durch besondere Klage geltend gemacht werden (ROHG. 2, 137; 16, 306; RG. 28, 33) — vgl. jedoch wegen der Feststellungsklage unten Anm. 24 —, auch nicht besonders abgetreten werden (ROHG. 10, 101; RG. 22, 149; JW. 99, 494; 04, 151[27]), demgemäß auch nicht für sich gepfändet werden (RG. 22, 149; D. 199) und darf kein Teilurteil ergehen, wenn dabei das ganze Ergebnis des Kontokorrents in Betracht zu kommen hätte (RG. 16, 423; 22, 400; JW. 93, 16; 05, 537[25]). Es greift auch nicht etwa der § 851 Abs. 2 CPO. Platz, wonach eine Forderung, deren Übertragung durch Vereinbarung ausgeschlossen ist, insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden kann, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterliegt. Denn hier ist die Unübertragbarkeit nicht vereinbart, sondern sie ist eine Folge der im Wesen des Kontokorrents liegenden Unmöglichkeit der selbständigen Geltendmachung der Forderung. Deshalb ist sie nicht übertragbar; die Nichtübertragbarkeit beruht nicht auf selbständiger hierauf gerichteter Abrede, sondern ist eine Folge der Rechtsnatur, welche die Forderung durch die Einbeziehung in das Kontokorrentverhältnis angenommen hat. Übrigens beweist der Ausweg, den § 357 HGB. gibt, daß der Gesetzgeber auf dem gleichen Standpunkte steht. § 355. Anm. 17.

Was hier von den einzelnen Forderungen gesagt ist, gilt insbesondere auch von dem **auf neue Rechnung vorgetragenen Saldo.** Ist der Saldo festgestellt, und wird er mit Zustimmung beider Teile auf neue Rechnung vorgetragen, so daß hierin eine Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs liegt (unten Anm. 26 f.), so ist hiermit der Saldo ein einzelner Posten der neuen Rechnungsperiode geworden und ist, wie alle anderen Posten des Kontokorrents, durch die im Kontokorrentverkehr liegende Novationsabrede gebunden, also gestundet bis zum Abschluß der Rechnungsperiode, und kann selbständig nicht mehr eingeklagt werden (ROHG. 16, 309; RG. 10, 59; 18, 248; 27, 140; 38, 232; 56, 23; JW. 04, 151[27]). Anm. 18.

c) Die einzelne Zahlung gilt nicht als auf bestimmte Forderungen gemacht, auch nicht auf den vorgetragenen Saldo, da dieser vielmehr durch den Vortrag seine selbständige Bedeutung verloren hat (Anm. 2, 16, 18). Die allgemeinen Vorschriften über Anrechnung von Zahlungen beim Vorhandensein mehrerer Forderungen finden keine Anwendung. Anm. 19.

d) Dagegen bewirkt die bloße Einstellung in das Kontokorrent zunächst keine Novation (Goldschmidt 4. Aufl. 207; Greber 71). Die einzelnen Posten bleiben zunächst Forderungen aus Kauf, Darlehn, Kommission usw., sie werden keine bloßen Rechnungsposten (oben Anm. 5). Es bleiben daher auch die Einreden aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnis bis zur vollzogenen Abrechnung zulässig. Anm. 20.

e) Auch ein besonderer Gerichtsstand wird durch die Eingehung des Kontokorrentverhältnisses nicht begründet (ROHG. 17, 125). Eine andere Frage ist, ob der Saldoanerkennungsvertrag einen besonderen Gerichtsstand begründet (Anm. 28). Anm. 21.

6. **Die Feststellung des Saldos.** Anm. 22.

a) **Der Anspruch auf Feststellung.**

α) Zeit der Feststellung. Gemäß § 355 findet die Abrechnung alljährlich statt; in der Geschäftswelt aber ist mehr die halbjährliche Abrechnung üblich. Es ist im Einzelfalle zu prüfen, was diese Übung für die Auslegung bedeutet (§ 157 BGB.).

β) Inhalt des Anspruchs. Er besteht zwar nicht darin, daß der andere Teil die Rechnung aufmacht und den Saldo zieht (Grünhut 949). Ein Anspruch auf Aufmachung der Rechnung wird aber durch die Natur des Verhältnisses oft begründet sein; so hat z. B. diese Verpflichtung der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten, insbesondere der Bankier gegenüber dem Kunden, ferner nach Art. 4 des Wuchergesetzes in der Fassung vom 19. Juni 1893 jeder, der aus dem Betriebe von Geld- oder Kreditgeschäften ein Gewerbe macht, für jeden Kunden. Der Anspruch auf Feststellung besteht darin, daß der andere Teil die von dem Anm. 23.

Digitized by Google

§ 355. einen gelegte Rechnung anerkennt, dadurch die vereinbarte Novation vollzieht und ein Schuldanerkenntnis abgibt. Weigert sich der andere Teil, in dieser Weise bei der Feststellung des Saldos mitzuwirken, d. h. den gezogenen Saldo anzuerkennen, so kann er hierauf verklagt werden. Zur Begründung der Klage gehört die Aufstellung aller einzelnen Posten bis zum letzten anerkannten Saldo (JW. 92, 508[10]; ROHG. 2, 217) und der Beweis der Richtigkeit, soweit sie der Beklagte bestreitet (ROHG. 9, 217; Bolze 14 Nr. 351) und soweit nach allgemeinen Grundsätzen dem Kläger die Beweislast obliegt, d. h. er hat nur seine Forderungen zu begründen und zu beweisen. Der letzte anerkannte Saldo, obgleich derselbe im neuen Saldo aufgehen soll, bedarf keines Beweises mehr; er steht fest (ROHG. 2, 217; JW. 92, 508[10]; 99, 49[50]). Ist nach Maßgabe der den Kontokorrentvertrag begleitenden Abreden der Inhaber des Aktivsaldos zu weiterer Stundung nicht verpflichtet, so kann mit der Anerkennungsklage zugleich die Zahlungsklage verbunden werden. Auch kann in diesem Falle die Klage (unter Aufstellung und Begründung aller einzelnen Posten) auch nur auf Zahlung gerichtet werden. Das würde sich daraus ergeben, daß in dem Urteile auf Zahlung die an die Stelle der durch die Partei verweigerten Anerkennung tretende richterliche Feststellung des Saldos liegt (Greber 127). Doch folgt es ohne weiteres aus unserem Paragraphen, dessen Abs. 3 bestimmt, daß, wenn die Rechnungsperiode durch gesetzliche Kündigung abläuft, der Inhaber des Überschusses dessen Zahlung beanspruchen kann; es ist selbstverständlich, daß das gleiche gelten muß, wenn der Kontokorrentverkehr auf andere Weise endet.

Anm. 24. Unterliegen einzelne Posten der Entscheidung eines anderen Gerichts, als des ordentlichen, z. B. eines Schiedsgerichts, so muß deren Richtigkeit vorher an zuständiger Stelle festgestellt werden (ROHG. 9, 217). Wenn auch die eine Schiedsgerichtsklausel enthaltenden Bankbedingungen zum Vertragsinhalt geworden sind (oben Anm. 13), so fällt diese Klausel doch hinweg, wenn der Hauptvertrag ungültig ist; denn sie hängt von dessen Gültigkeit ab, so daß ein Schiedsgericht nicht darüber entscheiden kann, ob die im Kontokorrent erscheinenden Börsentermin- und Differenzgeschäfte gültig sind (RG. 58, 155; Exk. zu § 376). Der Einwand (Regelsberger, BankA. 06, 170), daß die Entscheidung RG. 58, 155 mit § 1026 CPO. zu begründen gewesen wäre, ist nicht zutreffend, weil der Gegenstand eines Schiedsvertrags hinlänglich bestimmt ist, wenn er auf alle künftigen Streitigkeiten sich bezieht, welche aus einem bestimmten Kontokorrentvertrag entstehen können, also der Schiedsvertrag dem § 1026 CPO. entspricht (s. RG. 62, 354). Auch steht nichts entgegen, über einzelne streitige Posten Feststellungsklage zu erheben (Förtsch Anm. 3b zu Art. 391).

Anm. 25. b) **Der Vorgang der Saldofeststellung.** Sie erfolgt durch Aufstellung und Anerkennung des Rechnungsabschlusses. Sie geschieht formlos. Das ist zunächst unzweifelhaft, wenn der anerkennende Teil Vollkaufmann ist (§§ 350, 351, 344, 343 HGB.). Es trifft aber auch auf die von Minderkaufleuten und Nichtkaufleuten abgegebenen Anerkenntnisse zu. Denn das Anerkenntnis des Saldos eines Kontokorrentauszuges ist als ein „auf Grund einer Abrechnung" erteiltes Anerkenntnis anzusehen, unterliegt also der Formbefreiungsvorschrift des § 782 BGB. (Exk. zu § 357 Anm. 4).

Anm. 26. Im Geschäftsverkehr spielt sich die Feststellung in der Weise ab, daß der eine Kontrahent die sämtlichen Posten zusammenstellt, den Saldo zieht und dem andern Teil diesen Abschluß übersendet, während dieser stillschweigend oder ausdrücklich den Saldo anerkennt. In der Übersendung des Abschlusses liegt die Anerkennung ihrer Richtigkeit durch den Übersender (ROHG. 11, 141), der Übersender gibt durch die Übersendung hinsichtlich seiner Debetposten ein verpflichtendes Anerkenntnis ab, auf welches sich der andere Teil berufen kann, auch wenn er die Kreditposten nicht anerkennt (Grünhut 949). Der andere Teil kann sich nämlich des in der Aufnahme gewisser Aktivposten in das Kontokorrent liegenden Zugeständnisses und Beweises bedienen, um unter Bestreitung gewisser Debetposten den richtigen Saldo zu ermitteln, vielleicht so für sich ein Aktivsaldo herausrechnen (RG. 1, 18; 10, 14; 22, 148;

Digitized by Google

Bolze 1 Nr. 914; 19 Nr. 220). Gleichzeitig liegt in der Übersendung die Offerte zu dem in der gegenseitigen Feststellung liegenden Anerkennungsvertrage (ROHG. 11, 141); mit der Anerkennung durch den andern Teil wird dieser Vertrag perfekt (ROHG. 2, 117). Die Anerkennung kann durch konkludente Handlungen, auch durch bloßes Stillschweigen erfolgen (ROHG. 2, 117). Daß aber ein etwaiger Widerspruch allgemein sofort erfolgen müsse unter dem Präjudiz der Anerkennung, dahin hat sich ein Gewohnheitsrecht nicht gebildet (ROHG. 3, 426; Cosack § 69 I 7). Vielmehr ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, wann das Stillschweigen als Anerkenntnis gilt. Insbesondere ist angenommen worden, daß die Fortsetzung des Geschäftsverkehrs nach Empfang der Abrechnung Anerkenntnis bedeutet (ROHG. 2, 117; Bolze 11 Nr. 289; JW. 03, 123[4]), ja sogar auch dann, wenn gegen die Rechnung Erinnerungen gemacht, diese aber von dem andern Teil zurückgewiesen worden sind (ROHG. 7, 427), es sei denn, daß der erinnernde Teil sich die Geltendmachung seiner Rügen vorbehält. Hierbei gilt als Fortsetzung des Geschäftsverkehrs nicht nur die Eingehung neuer Geschäfte, auch die Prolongation der bisherigen genügt (Bolze 11 Nr. 289), nicht aber die bloße Abwicklung bereits zuvor eingegangener Geschäfte (JW. 98, 308[21]). Die Absicht anerkennen zu wollen, kann auch aus anderen Umständen hervorgehen, z. B. aus einem Gesuch um Stundung des Saldos (Bolze 2 Nr. 666). § 355.

c) Die **Wirkung der Saldofeststellung** ist, daß alle bisherigen Einzelforderungen (sie mögen in die Schlußrechnung aufgenommen sein oder nicht) als abgetan gelten und nur eine neue, auf selbständigem Rechtsgrunde beruhende Forderung, das Saldoguthaben besteht (Bolze 4 Nr. 802; 13 Nr. 343). Die einzelnen Zahlungen haben nun ihre Tilgungsfunktion erfüllt. Die einzelnen Forderungen sind gegeneinander aufgerechnet, und es ist ein auf einer Novation beruhender neuer Rechtstitel, das Saldoanerkenntnis, als abstraktes Schuldanerkenntnis entstanden (hierüber Anm. 2 und 7 oben; Anm. 30 unten). Auch der aus der vorigen Rechnung vorgetragene Saldo ist endgültig erledigt und in dem neuen Saldo aufgegangen (RG. 10, 53). Anm. 27.

α) Aus dem festgestellten (nicht aus dem nur gezogenen, vgl. Anm. 23 und RG. 32, 90) Saldo kann selbständig geklagt werden (JW. 92, 508[10]). Sein Rechtsgrund ist die beiderseitige Feststellung; die Richtigkeit der ursprünglichen Posten braucht nicht dargetan zu werden (ROHG. 3, 4; 10, 55). Es ist keinem Teil gestattet, auf die zugrunde liegenden Posten zurückzugreifen (RG. 28, 36; JW. 03 Beil. 35; 04, 151[27]; Gruch. 47, 676); es ist eine Klageänderung, wenn die auf die Saldofeststellung gestützte Klage nachträglich auf die einzelnen Posten gestützt wird (ROHG. 10, 102). Daher kann der Gerichtsstand des Vermögens nicht auf einen einzelnen Aktivposten gegründet werden (§ 23 CPO.); es kommt vielmehr darauf an, ob der Saldo zur Zeit der Klageerhebung bereits gezogen ist und für Beklagten einen Aktivsaldo ergeben hat (RG. 44, 388; RG. im Recht 03, 403). Es muß aber auch genügen, wenn die Saldoziehung nach Klageerhebung, jedoch vor der letzten mündlichen Verhandlung stattgefunden hat. War für ein einzelnes Geschäft ein besonderer Gerichtsstand vereinbart, so gilt er nicht für den Saldo (JW. 94, 422[5]). Für den Erfüllungsort ist nach § 269 BGB. der Wohnsitz bzw. die gewerbliche Niederlassung des Schuldners maßgebend, wenn nicht aus der Abrede oder den Umständen etwas anderes zu entnehmen ist. So ist z. B. bei einem Kontokorrentverhältnisse zwischen Kommissionär und Kommittenten auch für den Kontokorrentsaldo des ersteren seine Niederlassung der Erfüllungsort (RG. Holdheim 8, 190; JW. 00, 271[1]); beim Giroverkehr der Wohnort des Bankiers (JW. 92, 126). Enthalten gar die Geschäftsbedingungen, denen sich der Kommittent unterworfen hat, die Vereinbarung eines bestimmten Erfüllungsortes oder Gerichtsstandes, so gilt dies nach dem vermutlichen Willen der Parteien auch für die Klage aus dem anerkannten Saldo. Die entgegengesetzte Ansicht (Bolze 20 Nr. 731d) ist vom Reichsgericht aufgegeben (JW. 99, 364[4]; 03, 175[6]; DJZ. 8, 249). Anm. 28.

β) Einwendungen gegen die Richtigkeit der einzelnen Posten oder gegen die Vollständigkeit der anerkannten Rechnung allgemeiner Natur, etwa bloßes Be- Anm. 29

Digitized by Google

§ 355. streiten oder Hinweis auf unrichtig geführte Bücher des Saldoziehers, halten nicht Stich. Auch die bloße Darlegung der Unrichtigkeit oder Weglassung einzelner bestimmter Posten genügt nicht, da nicht nur ein Zugeständnis, sondern ein Anerkenntnisvertrag und eine Novation vorliegt. Dieses Anerkenntnis kann nur unter den Voraussetzungen der Kondiktion angefochten werden (ROHG. 11, 276 [wobei der Anerkennende die Nichtschuld, der Gegner die Kenntnis der Anerkennenden vom Fehlen einer Verpflichtung zu beweisen hat; §§ 812, 814, 821 BGB.; RG. 60, 420; RG. in BankA. 06, 201; JW. 05, 391[7]]) oder unter den allgemeinen Voraussetzungen des Irrtums, Betrugs, Zwanges, Anfechtungsgründe, die sich aber gegen den Anerkenntnisvertrag als solchen richten müssen (RG. 2, 338). Zur Anfechtung wegen Irrtums genügt es z. B., wenn die Meinung erweckt worden ist, ein Posten stelle wirkliche Auslagen ohne Zuschlag dar (JW. 01, 10[14]). Die Klausel S. E. & O. erleichtert diese Anfechtung nicht und nimmt der Saldofeststellung nicht ihre konstitutive Bedeutung (ROHG. 6, 426; 11, 276). Es kann nicht auf Herauszahlung des angeblich nicht bestehenden Debetpostens geklagt werden; es kommt vielmehr darauf an, ob sich nach Absetzung des angefochtenen Postens, der aber in dem irrigerweise anerkannten Saldo enthalten war, der Debetsaldo verringert; denn alle Zahlungen sind nur Faktoren der künftigen Saldoziehung (JW. 04, 151[27]; SeuffA. 59, 332; vgl. RG. 56, 23). Geisteskrankheit des Kontokorrentkunden macht den ganzen Kontokorrentvertrag allerdings nichtig, wenn die Geschäftsunfähigkeit z. B. des Vertragsschlusses bereits vorhanden war (§§ 104 Nr. 2, 105 BGB.). Der gutgläubige Bankier, der sich mit einem solchen Kunden eingelassen hat, kann nicht einmal den § 122 BGB. für sich anrufen; trotzdem danach alle Einzelaufträge nichtig sind, ist das tatsächlich vorhandene Kontokorrentverhältnis und dessen Wirkung von Bedeutung. Bei Beurteilung der von dem gutgläubigen Bankier nach § 812 BGB. herauszugebenden Bereicherung ist die fortlaufende Geschäftsverbindung als eine Einheit aufzufassen, so daß der Bankier seine Baraufwendungen, die er gutgläubig für Anschaffungen gemacht hat, als Auslagen und außerdem die an den Geschäftsunfähigen geleisteten Zahlungen sowie die diesem zugewendeten Vermögensvermehrungen zu seinen Gunsten gemäß § 818 Abs. 3 BGB. in Anrechnung bringen kann (vgl. RG. 60, 284; JW. 05, 280[2]).

Anm. 30. γ) Nach den in Anm. 29 dargestellten Grundsätzen beantwortet sich die Frage, ob und inwieweit eine Saldofeststellung angefochten werden kann wegen des Zugrundelegens ungültiger Geschäfte. Die Anfechtung richtet sich im allgemeinen nach den eben gedachten Voraussetzungen. Hat insbesondere der Anerkennende geglaubt, seine Verbindlichkeit sei gültig, so kann er das Anerkenntnis wegen ungerechtfertigter Bereicherung gemäß §§ 812 Abs. 2, 814 BGB. anfechten. Bei gewissen Schuldverbindlichkeiten sind aber die abgegebenen Anerkenntnisse ohne weiteres unverbindlich, nicht nur unter den Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung, also insbesondere auch, wenn der Anerkennende die Ungültigkeit der anerkannten Schuld kannte. Dies sind die nichtigen Saldoanerkenntnisse, welche hinsichtlich der nach §§ 50, 51 BörsGes. verbotenen Börsentermingeschäfte abgegeben sind (hierüber Erk. zu § 376), nicht aber die über Spiel-, Wett-, Differenz- und klaglose Börsenterminschulden erteilten Saldoanerkenntnisse (§§ 762, 764 BGB., § 66 BörsGes.); zwar folgt deren Gültigkeit nicht aus der Saldofeststellung und aus dessen mit den abstrakten Wirkungen der §§ 780, 781 BGB. bekleidetem Anerkenntnis; denn dieses ist nach §§ 762 Abs. 2, 764 BGB., § 66 Abs. 3 BörsGes. unwirksam; wohl aber werden diese Geschäfte gültig durch die der Erfüllung gleichstehende Aufrechnung, die durch den in dem Anerkenntnis enthaltene Aufrechnungswillen vertragsmäßig vollzogen wird (oben Anm. 7). Eine Rückforderung des so nach Abwicklung des Geschäfts Geleisteten ist nach § 762 Abs. 1 Satz 2, § 764 BGB., § 66 Abs. 4 BörsGes. ausgeschlossen (RG. 38, 232, 240; JW. 97, 608[26]; 98, 308[21]; 03, 123; 03 Beil. 35 u. 46; RG. in Gruch. 47, 1049). Ist der gezogene Saldo einmal anerkannt, so kommt es nicht mehr darauf an, ob auch die Gegengeschäfte erledigt sind (JW. 02, 189[32 u. 33]). Ergibt sich so z. B., wenn alle Geschäfte klaglose Börsentermin-, Differenz- oder Spielgeschäfte gewesen sind, ein

Digitized by Google

aus solchen Geschäften stammender Überschuß, der als Saldo anerkannt worden ist, so hat die Aufrechnung diesen Überschuß nicht betroffen. Durch Anerkenntnis kann er nicht wirksam werden und ist daher nicht klagbar (JW. 03, 434[9]; RG. in Holdheim 12, 95; im Recht 02, 155; 03, 153). Näheres über diese Frage, zugleich über die verhältnismäßige Aufrechnung, Exk. zu § 376. § 355.

δ) Wie nun, wenn dem festgestellten Saldo zum Teil gültige, zum Teil ungültige Geschäfte zugrunde liegen? Das Reichsgericht hat geschwankt, bald hat es in solchen Fällen das ganze Anerkenntnis für beseitigt erklärt (Bolze 17 Nr. 482; vgl. RG. 47, 236), bald hat es den ganzen Saldo aufrecht erhalten (Bolze 19 Nr. 425). Nur insoweit, als die Gültigkeit solcher Geschäfte durch Verrechnung im Kontokorrent nach der vorhergehenden Anmerkung nicht herbeigeführt worden ist, entsteht die streitige Frage nach der Art der Ausscheidung aus dem Kontokorrent. Die Verrechnung hat alsdann entsprechend §§ 366 Abs. 2, 389 BGB. in der Weise zu erfolgen, daß die aus solch klaglosen Geschäften herrührenden Verbindlichkeiten auf die mehreren, bis zum Schluß der Rechnungsperiode gestundeten Aktivposten verhältnismäßig aufgerechnet werden (RG. 56, 24; 59, 192; JW. 02, 189[32 u. 33]; 04, 76[52]; RG. 28. 10. 03 in Holdheim 04, 74). Näheres Exk. zu § 376. Dort auch über die Ausscheidung der verbotenen Börsentermingeschäfte der §§ 50, 51 BörsGes. Anm. 31.

ε) Die Verjährung des Anspruchs auf den festgestellten Saldo unterliegt nicht den kürzeren Fristen der einzelnen Posten, weil er auf selbständigem Rechtsgrunde beruht, sondern den Fristen der ordentlichen Verjährung (Bolze 16 Nr. 144; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1242; vgl. Bolze 14 Nr. 351c). Anm. 32.

7. **Zinsen und Provisionen.** Wie oben Anm. 11 dargetan, ist ein Kontokorrentverhältnis auch dann vorhanden, wenn die Einzelposten nicht verzinslich sind. Regelmäßig sind sie es aber. Es bestand nämlich bisher ein Handelsgebrauch, daß, wenn zwei Personen miteinander ein Kontokorrentverhältnis eingehen, jeder Teil dem andern vom Tage jedes Kreditpostens Zinsen berechnen kann (Grünhut 942; ROHG. 11, 143; Bolze 1 Nr. 918; vgl. RG. 22, 151) und zwar für die ganze Dauer der Rechnungsperiode vom vollen Betrage jedes Postens. Dieser Handelsgebrauch wird sich durch die neue Gestaltung der Sache nur befestigen. Denn da das Gesetz das Kontokorrentverhältnis normalerweise so gestaltet, daß die einzelnen Posten verzinslich sind, so muß nach Treu und Glauben angenommen werden, daß die Parteien, wenn sie nichts Gegenteiliges vereinbaren, einen Kontokorrentverkehr in dieser normalen Gestalt wollen. Wer mit Cosack (§ 69 I 10) diese Verkehrssitte leugnet, der gesteht die Verzinslichkeit der Einzelposten nur nach den sonst geltenden Grundsätzen über Verzinsungen zu, also insbesondere wenn der Kreditierende Kaufmann und die Leistung ein Darlehn oder Vorschuß ist (§ 354), oder beide Teile Kaufleute sind und ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt (§ 353); zwar sind die Forderungen nicht fällig, sondern sofort gestundet, doch schließt dies den Zinsenlauf nicht aus (Anm. 7 zu § 353). Anm. 33.

Die Höhe dieser Zinsen war früher mangels Vereinbarung 6 %, jetzt ist sie für den Teil, welcher Kaufmann ist, 5 % (§§ 354, 352 HGB.), denn seine Kontokorrentleistungen sind sämtlich als Vorschüsse zu betrachten, für den Nichtkaufmann 4 % (§ 246 BGB.). Anm. 34

Aber die Parteien können auch etwas anderes vereinbaren, also jede Verzinsung der Einzelposten ausschließen oder auch bestimmen, daß der Zinsfuß für beide Teile verschieden sein soll, wie dies häufig im Verkehr des Kunden mit dem Bankier der Fall ist (der Bankier erhält 5,6 %, der Kunde 2,3 %). Anm. 35.

Außer den Zinsen kann von den Posten, die nach § 354 provisionspflichtig sind, die Provision gefordert werden. Das wird z. B. von denjenigen Zahlungen gelten, in denen eine Kreditgewährung liegt, z. B. wenn der Bankier dem Kunden Zahlungen leistet, während sein Guthaben erschöpft ist; auch von einem vorgetragenen Saldo kann der Kaufmann Provision beanspruchen, wenn hierin eine Stundung liegt, zu welcher der Saldozieher an sich nicht verpflichtet war (ROHG. 22, 72; JW. 97, 116). Anm. 36.

Digitized by Google

§ 355. Endlich können, wenn die Einzelposten verzinslich sind (ganz oder zum Teil
Anm. 37. und gleichviel in welcher Höhe), vom Saldo Zinsen verlangt werden, und zwar 5 % (§§ 355, 352 Abs. 2) vom Tage des Ablaufs der Rechnungsperiode, auch wenn der Saldo erst später anerkannt wird. Es liegt hierin eine Aufhebung des Zinseszinsverbotes auf diesem Gebiete (Anm. 4 zu § 353). Wird der Kontokorrentverkehr nach Ablauf der Rechnungsperiode nicht fortgesetzt, so können von dem Schlußsaldo nur einfache Zinsen berechnet; es kann nunmehr nicht wieder periodisch aufgerechnet werden, um so wiederum Zinseszinsen zu berechnen (ROHG. 2, 444).

Anm. 38. Wenn die Einzelposten nicht verzinslich sind, so versagt die vorliegende Vorschrift. In diesem Falle können Zinsen vom Saldo nur verlangt werden, wenn andere Rechtsgründe vorliegen. Ein solcher Rechtsgrund liegt im Verzuge, also wenn der Saldoinhaber Bezahlung verlangt, nicht, wenn er dem anderen Teil die Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses anbietet (Vortrag auf neue Rechnung) und dieser darauf eingeht. Kaufleute unter einander können auch in diesem letztern Falle Zinsen vom Aktivsaldo verlangen, obwohl die einzelnen Posten nicht verzinslich sind. Denn ein festgestellter Saldo ist eine fällige Verbindlichkeit. Von der einmal eingetretenen Fälligkeit an aber können in solchem Falle Zinsen verlangt werden, eine nachträgliche Stundung hebt die Verzinslichkeit nicht auf (§ 353 Anm. 7).

Anm. 39. 8. **Die Dauer des Kontokorrentvertrages.** Sie hängt von der Abrede ab. Im Zweifel aber steht jedem Teil jederzeitige Kündigung frei, wie unser Paragraph Abs. 3 vorschreibt; daher kann jeder Teil jederzeit Feststellung des Saldos verlangen (RG. Gruch. 47, 676). Aber sehr oft wird die entgegengesetzte Absicht obwalten, so insbesondere, wenn der eine Teil sich verpflichtet hat, dem anderen durch das Kontokorrent bis zu einem gewissen Zeitpunkt einen Kredit zu eröffnen (D. 197). Meist wird die Absicht obwalten, daß bis zum Ablauf der Rechnungsperiode das Verhältnis dauern soll. Wird während der Dauer der Rechnungsperiode nicht gekündigt, so nimmt das Kontokorrentverhältnis jedesmal mit Ablauf einer solchen ein Ende, und es bleibt dem Belieben der Parteien überlassen, es weiter fortzusetzen (unten Anm. 40). Aber auch über eine Rechnungsperiode hinaus kann die Dauer von vornherein vereinbart werden (RG. 25, 12). Ist die gesetzliche jederzeitige Kündigung durch Abrede ausgeschlossen, so kann doch aus wichtigen Gründen jederzeit gekündigt werden, wenn dies auch in dem Gesetze nicht ausdrücklich erwähnt ist. Als wichtiger Grund wird eintretende Kreditunsicherheit gelten (ROHG. 23, 137; vgl. § 610 BGB.) oder auch schlechtes Renommee des anderen Teils (z. B. Bestrafung der Partei mit Zuchthaus).

Die Wirkung der gesetzlichen oder aus wichtigem Grunde geschehenen Kündigung oder des sonstigen Ablaufs des Kontokorrentverhältnisses ist sofortige Fälligkeit des Saldos (Abs. 3 unseres Paragraphen).

Anm. 40. 9. **Die Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs nach Ablauf der Rechnungsperiode.** Mit Ablauf der Rechnungsperiode erreicht der Kontokorrentverkehr [wenn er nicht vorher gekündigt oder seine Dauer nicht auf längere Zeit vereinbart ist (Anm. 39)] sein naturgemäßes Ende. Die Parteien können ihn zwar fortsetzen, aber es hängt dies von ihrem Willen ab. Diese Fortsetzung wird gewöhnlich in der Weise in die Wege geleitet, daß der Saldozieher dem anderen Teil den Auszug übersendet nicht nur mit der Bitte, ihn anzuerkennen, sondern ihn auch auf neue Rechnung vorzutragen. Erteilt der andere hierzu seine Zustimmung, ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen (oben Anm. 26), so ist der Kontokorrentverkehr fortgesetzt und damit der Saldo der erste Posten der neuen Rechnungsperiode geworden, mit all den Eigenschaften, die ein Einzelposten eines Kontokorrents hat (oben Anm. 18).

Anm. 41. 10. **Durch den Konkurs** eines der beiden Teile wird zwar der Kontokorrentverkehr aufgehoben, aber es tritt nur ein vorzeitiger Rechnungsabschluß ein (RG. 22, 149; Düringer-Hachenburg § 355 Note XIII wollen § 17 KO. angewendet wissen; vgl. Jaeger § 65 Anm. 8). Die einzelnen Forderungen und Zahlungen bleiben solche, die in das Kontokorrentverhältnis fallen. Wechsel, die in das Kredit des Kontokorrents aufgenommen sind und durch den Konkurs Not leiden, können in das Debet gebucht werden, auch wenn die Fälligkeit erst nach

Digitized by Google

dem Konkurse eintritt und z. B. des Konkurses daher die Rückbuchung nicht vorgenommen werden konnte; bei Kundenwechseln vorausgesetzt, daß die Begebung der Wechsel nicht unbedingt gegen Gutschrift im Kontokorrent, sondern gegen die durch Eingehung der Valuta bedingte Gutschrift erfolgt (RG. 27, 142; ROHG. 24, 142). Hier liegt nicht die Buchung eines neuen Postens, sondern nur eine Richtigstellung des Kontos vor (Grünhut 967, auch unten Anm. 4 zu § 357; vgl. ROHG. 9, 245). Hier zeigt es sich, daß die Posten des Kontokorrents nicht allein arithmetische Ziffern sind, sondern wirkliche Forderungen und Zahlungen mit zivilistischen Qualitäten, die in der mannigfachsten Weise ihre Wirkung äußern können. Im Zweifel können die protestierten Wechsel nach Belastung mit der Valuta auch behalten und geltend gemacht werden (RG. 27, 142 u. oben Anm. 15). § 355.

11. **Über Sicherungsrechte und Mitschuldner** s. § 356. Anm. 42.

12. **Über die Rechte der Gläubiger der beiden Kontokorrentparteien** s. § 357. Anm. 43.

Zusatz 1. Übergangsfrage. Solange der Kontokorrentverkehr auf Grund eines vorher getroffenen Übereinkommens über den 1. Januar 1900 hinaus dauert, greifen noch die alten Regeln Platz (Art. 170 EG. z. BGB.), bis auf § 357, der die Rechte der Gläubiger berührt und öffentlichen Rechtens ist (Lehmann ZHR. 48, 98). Erreicht aber der Kontokorrentverkehr durch Kündigung oder Ablauf der vereinbarten Dauer oder einer Rechnungsperiode sein Ende, und setzen die Parteien ihn nunmehr fort, so unterwerfen sie sich damit dem neuen Recht.

Zusatz 2. Über die offene Rechnung und uneigentliche laufende Rechnung s. Ext. zu § 357. Anm. 44.

§ 356.

Wird eine Forderung, die durch Pfand, Bürgschaft oder in anderer Weise gesichert ist, in die laufende Rechnung aufgenommen, so wird der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken. § 356.

Haftet ein Dritter für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Forderung als Gesamtschuldner, so findet auf die Geltendmachung der Forderung gegen ihn die Vorschrift des Abs. 1 entsprechende Anwendung.

Der vorliegende Paragraph ordnet den Fortbestand von Sicherheiten und solidarischen Mithaftungen an, die für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Einzelforderung bestehen.

1. **Juristische Konstruktion dieses Fortbestehens.** Die frühere Rechtsprechung erklärte, daß durch das Saldoanerkenntnis Sicherheiten (Pfandrechte, Bürgschaften) und Mithaftungen zugrunde gehen, weil durch die Saldofeststellung die Hauptverbindlichkeit aufgehoben werde (RG. 10, 53; 18, 246). Die Rechtsprechung war folgerichtig. Das Gesetz kann aber die Folgerichtigkeit durchbrechen. Das geschieht hier. Das Saldoanerkenntnis hebt die rechtliche Existenz der alten Forderung auch nach dem neuen HGB. auf; denn sie enthält eine Novation (Anm. 2 zu § 355). Dadurch würden die Pfandrechte und Bürgschaften und solidarischen Mithaftungen an sich untergehen (§§ 1252; 767; 422 BGB.). Gleichwohl sollen nach dem Willen des Gesetzgebers die Sicherheiten, die für eine Einzelforderung des Kontokorrents bestellt sind, und die Mithaftungen fortbestehen. Das Gesetz hat dies auch in einem anderen Falle angeordnet: Die Pfandrechte, Bürgschaften und sonstigen Mitschuldnerschaften bleiben unverändert, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Zwangsvergleich herabgemindert ist (§ 193 KO.). Wie dies juristisch zu konstruieren ist, ist Sache der Wissenschaft. Die Konstruktion ist übrigens nicht schwierig. Die Bürgschaft wird zur selbständigen Obligation, das Pfandrecht zur Sachbelastung nach Art der Grundschuld, die Hypothek zur Grundschuld, die Mithaftung zur Alleinhaftung. Dagegen ist es nicht notwendig, den Fortbestand der getilgten Obligation quoad pignus anzunehmen, wie dies D. 198, Düringer-Hachenburg § 356 Note II b und Anm. 1.

Digitized by Google

§ 356. Lehmann-Ring §§ 355—357 Nr. 30 tun. Diese Konstruktion spottet der Logik, ist mindestens sehr gekünstelt und muß abgelehnt werden, weil sie entbehrlich ist. Dernburg II 1 § 120 II leugnet anscheinend wegen des Fortbestandes der Sicherheiten sogar den Novationscharakter, die aufhebende Kraft der Saldofeststellung. Auch dies ist verfehlt, weil der Novationscharakter aus anderen Gründen zwingend ist und der Fortbestand der Sicherheiten, wie gezeigt, trotzdem nicht der juristischen Konstruktion spottet.

Anm. 2. 2. **Die Sicherheiten und Mithaftungen bestehen also fort.** Der Gläubiger kann insoweit die Befriedigung aus ihnen suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken, d. h. er kann das Sicherungsrecht oder die Mithaftungen geltend machen, soweit er dies dürfte, wenn die Hauptforderung noch bestände, und zwar bis zu dem Betrage, den der Gläubiger aus dem Kontokorrentverkehr z. Z. noch zu fordern hat. Ist die gesicherte Forderung geringer, so kann er nur diesen Betrag fordern; ist der Kontokorrentsaldo geringer, so kann er nur diesen fordern. Den Einwand, die Hauptschuld sei untergegangen, kann der Mithafter nicht erheben (§ 366 BGB. greift insoweit nicht Platz), wohl aber die ihm sonst zustehenden Einwände. — Es bezieht sich dies auf den Fall, daß die Forderung durch Pfand, Bürgschaft oder in anderer „Weise", also z. B. durch Hypothek, gesichert ist. Zur Gesamthaftung nach Abs. 2 gehört z. B. auch der Fall, daß aus einer im Kontokorrentverkehr stehenden offenen H. G. ein Gesellschafter ausscheidet und alsdann der Saldo festgestellt wird. Es ist davon auszugehen, daß der Ausscheidende oft sogar für alle Forderungen des bei seinem Ausscheiden bestehenden Kontokorrentverkehrs haftet und zwar aus einem anderen Grunde; er haftet nämlich für alle Schulden aus den Verträgen, die z. Z. seines Ausscheidens bestehen, und zwar auch dann, wenn die Leistungen erst nach seinem Ausscheiden erfolgen (vgl. § 22 Anm. 29; §§ 128, 129 Anm. 13ff., 159 und Ex. zu § 141). Handelt es sich um einen fortgesetzten Kreditvertrag (§ 349 Anm. 58), so sind alle nachträglichen Kreditierungen auf Grund des vor dem Ausscheiden des Gesellschafters eingegangenen Kontokorrentvertrags geleistet. Handelt es sich nicht um einen fortgesetzten Kreditvertrag, oder erleidet der Kreditvertrag etwa durch das Ausscheiden des Gesellschafters oder auf sonstige Weise beim Ausscheiden sein Ende, so haftet der Ausscheidende nur für den Saldo im Augenblick des Ausscheidens.

Anm. 3. Auch der Vortrag des Saldos auf neue Rechnung hebt die Sicherheit und die Mithaftung nicht auf (wie Cosack § 69 I Anm. 8c unzutreffend annimmt). Wenn daher mehrfach abgerechnet und das Kontokorrentsaldo mehrfach anerkannt ist, so entscheidet der niedrigste Saldo, außer wenn die Forderung noch geringer ist (D. 198). Sind mehrere Forderungen, die den Gesamtbetrag des Saldos übersteigen, durch verschiedene Pfänder gesichert, so haftet jedes Pfand bis zur Höhe des Saldos, soweit die einzelne Forderung nicht hinter dem Betrage des letzteren zurückbleibt (D. 198).

Anm. 4. Zu Unrecht will Litthauer-Mosse Anm. 2 den Saldo nicht entscheiden und Sicherheit und Mithaftung untergehen lassen, wenn die gesicherte Forderung nach den zivilrechtlichen Regeln über die Anrechnung verschiedener Zahlungen und Gegenforderungen als getilgt erscheint. Sonst würde, meint er, eine nach diesen Regeln getilgt erscheinende Forderung zum Schaden der Sicherheitsbesteller oder Mithafter wieder aufleben, wenn nachträglich neue Belastungen auf dem Konto des Hauptschuldners gebucht werden. Allein wer für eine durch Kontokorrentabrede gebundene Forderung Sicherheit bestellt oder die Mithaftung übernimmt, der muß die Schicksale, welche diese Gebundenheit mit sich bringt, auch über die von ihm bestellte Sicherheit und über seine Mithaftung ergehen lassen. Die Bürgschaft und das Pfand haften nach ausdrücklichen Gesetzesvorschriften für den jeweiligen Bestand der Forderung, und nur spätere Rechtsgeschäfte, die der Gläubiger mit dem Hauptschuldner vornimmt, können die Haftungen des dritten Verpfänders nicht erweitern (§§ 767, 1210 BGB.). Die Unzulässigkeit der Anrechnung von Zahlungen und Gegenforderungen auf einzelne Forderungen des Kontokorrents beruht aber nicht auf einem solchen späteren Rechtsgeschäfte, sondern hat ihren Grund in dem bereits bestehenden Kontokorrentverhältnisse. Anders, wenn nach der Sicherheits-

Digitized by Google

bestellung oder Mithaftungsübernahme ein Kontokorrentverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger entstanden wäre. Das würde für die Haftung des von dritter Seite bestellten Pfandes oder des Bürgen oder des solidarischen Mithafters einflußlos sein, und in diesem Falle würden der dritte Verpfänder und der Bürge und der Mitschuldner die späteren Zahlungen und Gegenforderungen nach allgemeinen Grundsätzen geltend machen können. § 356.

Auf die konkursrechtlichen besonderen Vorrechte des § 61 KO. beziehen sich die Ausnahmen des vorliegenden Paragraphen nicht (so RG. 3, 17). Das gilt auch jetzt noch wegen des novierenden Charakters der Saldofeststellung, da § 356 eine Ausnahmsbestimmung gibt (Jaeger § 61 Anm. 9).

4. **Auch sonst werden die Rechte und Pflichten eines Verpfänders, Bürgen und Mitschuldners, der für eine in den Kontokorrentverkehr fallende Forderung haftet, durch die Eigenart des Kontokorrentverhältnisses beeinflußt** (vgl. § 349 Anm. 31). So kann z. B. der Gläubiger das Pfand und die Bürgschaft vor dem Ablauf der Kontokorrentperiode nicht geltend machen. Denn in der Kontokorrentabrede liegt eine Kreditierung, und den dadurch begründeten Einwand können auch diese mithaftenden Personen geltend machen. Auch nach Ablauf der Kontokorrentperiode kann die Forderung gegen diese mithaftenden Personen nur in der Höhe geltend gemacht werden, die der Kontokorrentsaldo ergibt, wenn dieser geringer ist als die gesicherte Forderung, so daß die Regel des § 356 nicht nur für den Fall der Feststellung des Saldos, sondern bei näherem Zusehen auch für den Fall gilt, daß die Feststellung des Saldos von dem andern Teil verweigert wird. Anm. 5.

Eine fernere Beeinflussung der Mithaftung durch die Eigenart des Kontokorrentverhältnisses liegt darin, daß, wenn der Mithafter den Gläubiger befriedigt, die Forderung des Gläubigers trotz § 774 BGB. nicht auf den Bürgen übergeht; denn sie ist durch die Kontokorrentabrede von selbständigem Übergange ausgeschlossen. Anm. 6.

5. **Verschieden von der Sicherheit und Mithaftung für eine einzelne Forderung ist die Sicherheitsbestellung und Mithaftungübernahme für die Kontokorrentschuld als solche.** Ein solcher Sicherheitsbesteller und Mitschuldner haftet einfach für den jedesmaligen Kontokorrentsaldo (ROHG. 9, 185).

Zusatz. Übergangsfrage. Darüber s. Anm. 43 zu § 355.

§ 357.

Hat der Gläubiger eines Betheiligten die Pfändung und Ueberweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was seinem Schuldner als Ueberschuß aus der laufenden Rechnung zukommt, so können dem Gläubiger gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden. Geschäfte, die auf Grund eines schon vor der Pfändung bestehenden Rechtes oder einer schon vor diesem Zeitpunkte bestehenden Verpflichtung des Drittschuldners vorgenommen werden, gelten nicht als neue Geschäfte im Sinne dieser Vorschrift. § 357.

Pfändung der Rechte eines Kontokorrentkontrahenten durch seinen Pfändungsgläubiger.

1. **Die Pfändung einzelner Forderungen des Kontokorrents ist unzulässig** (RG. 22, 148; § 355 Anm. 17). Anm. 1.

2. **Die Pfändung des dereinstigen Saldos** ist zulässig. Sie ist im vorliegenden Paragraphen nicht erwähnt, wohl aber in D. 199. Sie bedeutet die Pfändung des Saldos, der sich in dem nächsten Zeitpunkte ergeben wird, in welchem das Kontokorrentverhältnis sein Ende erreicht, sei es durch Kündigung gemäß § 355 Abs. 3 oder durch Kündigung aus wichtigem Grunde bei vereinbarter bestimmter Dauer des Verhältnisses oder endlich durch Ablauf der Rechnungsperiode. Die Rechte des Pfändungs- und Überweisungsgläubigers sind in diesem Falle nicht zweifelhaft: er hat die gleichen Rechte wie sein Pfändungsschuldner. Auch Er- Anm. 2.

Digitized by Google

§ 357. höhungen des Guthabens, die nach der Beschlagnahme eintreten, kommen einem solchen Pfändungsgläubiger zustatten (D. 200).

Anm. 3. 3. **Die Pfändung des gegenwärtigen Saldos.** Der Gläubiger hat nach dem vorliegenden Paragraphen ein Recht, das von den Rechten seines Schuldners unabhängig ist: gleichviel, ob der Schuldner im gegebenen Falle ein Recht zur sofortigen Kündigung des Kontokorrents hat oder ob er, wenn er es hat, es geltend macht, hat sein Vollstreckungsgläubiger das selbständige Recht, das gegenwärtige Saldoguthaben zu pfänden und sich den Betrag überweisen zu lassen, der sich als Überschuß ergeben würde, wenn die Kontokorrentperiode im Augenblicke der Pfändung abliefe. Der Zeitpunkt der Pfändung ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner (§ 829 Abs. 3 CPO.).

Anm. 4. Das Gesetz drückt diese Rechtsfolge etwas umständlicher dahin aus, daß dem Gläubiger gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden können, daß aber solche Geschäfte, auf die ein Recht oder eine Pflicht zur Zeit der Pfändung schon bestand, als neue Geschäfte im Sinne dieser Vorschrift nicht angesehen werden können. Besonders sollte damit zum Ausdruck kommen, daß Posten, für die der Schuldner nur unter Vorbehalt erkannt ist, besonders Gutschriften für eingesandte, aber noch nicht eingelöste Rimessen dem pfändenden Gläubiger noch keinen endgültigen Anspruch gewähren (D. 200), wie dies ja auch bei der Konkurseröffnung gilt (Anm. 41 zu § 355). Aber es sind noch andere Beispiele denkbar: das einer Einzelforderung zugrunde liegende Geschäft wird nach der Pfändung angefochten und auf Grund der Anfechtung eine Leistung zurückgefordert. Dadurch verkürzt sich der Saldo; dies muß der pfändende Gläubiger anerkennen (Cosack § 69 I q).

Anm. 5. Natürlich kommen einem solchen Pfändungsgläubiger andererseits auch Erhöhungen des Guthabens, die nach der Beschlagnahme bei Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses entstehen, nicht zustatten (D. 200).

Anm. 6. Zwischen den Parteien bewirkt eine solche Pfändung an sich nicht die Beendigung des Kontokorrentverhältnisses. Sie bewirkt hier lediglich, daß das Konto des Exekutionsschuldners mit der Pfändungssumme, d. h. insoweit belastet wird, als der gegenwärtige Überschuß des Pfändungsschuldners und die Forderung, wegen deren gepfändet ist, sich decken. Im übrigen steht der Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses nichts entgegen. Oft wird aber die Tatsache solcher Pfändung und insbesondere die Möglichkeit ihrer Wiederholung ein wichtiger Grund zur Kündigung des Kontokorrentverhältnisses sein. Dieser muß aber ausgesprochen werden, wenn das Kontokorrentverhältnis vor seinem natürlichen Ablauf enden soll. Vereinbart kann werden, daß das Kontokorrentverhältnis im Falle der Pfändung sofort endet oder dem andern Teil ein Recht zur sofortigen Kündigung gibt.

Anm. 7. **Zusatz 1. Übergangsfrage.** Hierüber s. Anm. 43 zu § 355.

Anm. 8. **Zusatz 2. Die Wirkungen freiwilliger Abtretung sind nicht immer dieselben, wie die einer Pfändung und Überweisung.** Zwar unterliegt die einzelne Forderung des Kontokorrents der Abtretung ebensowenig wie der Pfändung (§ 355 Anm. 17), zwar kann andrerseits der dereinstige Saldo ebenso abgetreten, wie gepfändet werden (oben Anm. 2), aber die Abtretung des gegenwärtigen Saldos entsprechend der Pfändung (oben Anm. 3) ist wirkungslos, d. h. es kann ein gegenwärtiger Saldo bei fortdauerndem Kontokorrent nicht abgetreten werden. Es kann eben nur der Saldo abgetreten werden, der sich bei Beendigung des Kontokorrents ergeben wird.

Exk. zu § 357.

Exkurs zu § 357.

Die offene Rechnung oder uneigentliche laufende Rechnung.

Lit.: Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl. 94; Lit. zu § 355.

Anm. 1. 1. **Der Unterschied vom Kontokorrentverhältnis.** Zum eigentlichen Kontokorrentverhältnis gehört, daß die einzelnen Posten nicht selbständig geltend gemacht werden, sondern aufgehen sollen in dem am Schlusse der Rechnungsperiode sich ergebenden Saldo. Stehen nun zwei

Digitized by Google

Parteien in gegenseitiger Geschäftsverbindung, jedoch ohne daß nach ihrem beiderseitigen Willen lediglich der Saldo des Rechnungsabschlusses die alleinige Forderung des einen oder andern bilden soll, so nennt man dieses Verhältnis uneigentliche laufende Rechnung. Ja es wird sogar häufiger laufende Rechnung schlechtweg genannt. Sie wird regelmäßig dort angenommen, wo eine dauernde Geschäftsverbindung darin besteht, daß der eine Teil kreditiert, der andere zahlt. Die Bezeichnung Kontokorrent ist dabei nicht entscheidend (Bolze 3 Nr. 587; RG. 22, 150; Bolze 18 Nr. 357; LG. Hamburg ZHR. 35, 258), auch nicht die Beobachtung seiner Formen (Debet und Kredit; Saldo; Anm. 12 zu § 355). Vielmehr liegt oft trotz dieser Bezeichnungen und Formen eine offene Rechnung und kein eigentliches Kontokorrent vor. Mit Unrecht wollen Rudorff 264 und Mohr 121 der offenen Rechnung als selbständiger Rechtserscheinung neben dem eigentlichen Kontokorrent die Anerkennung versagen (dagegen Cosack § 69 II). Allerdings muß man den Fall der Zusendung bloßer Rechnungsübersichten, wenn sie auch mit einem Fazit abschließen, insbesondere den Fall einfacher Rechnungsführung, z. B. eines Beauftragten regelmäßig ausschließen (JW 90, 377[20]). Erk. zu § 357.

2. **Einzelne Grundsätze über die uneigentliche laufende Rechnung.** Anm. 2.

a) Auch bei der laufenden Rechnung dürfen einzelne Posten nicht gesondert eingeklagt werden, weil immerhin aus der Art der Geschäftsverbindung sich der Wille der Parteien ergibt, daß insofern alle Posten zusammenhängen, als die einzelnen Zahlungen nicht auf bestimmte Posten, sondern auf alle gemacht werden. Man würde dem Parteiwillen nicht gerecht werden, wenn man dem Gläubiger gestatten wollte, einen einzelnen Posten zur Geltendmachung herauszugreifen, und dem Beklagten den Beweis zu überlassen, daß er nach Lage der ganzen Geschäftsverbindung nichts mehr schuldig sei. Das hat das ROHG. (12, 126; 20, 104) ausgesprochen, während in RG. 22, 153, Bolze 2 Nr. 877 u. 878 dieser Standpunkt mit Unrecht bekämpft und nur dann das Aufmachen der ganzen Rechnung für nötig und Herausgreifen der einzelnen Posten für unzulässig erklärt wird, wenn der Gläubiger rechnungspflichtig ist (vgl. jedoch Bolze 4 Nr. 687; ROHG. 20, 104). Stellt man sich auf den Standpunkt des Reichsgerichts, so ist zu bemerken, daß nach dem Wuchergesetze rechnungslegungspflichtig der ist, der aus Geld- und Kreditgeschäften ein Gewerbe macht, gegenüber nicht eingetragenen Personen (Art. 4 des Gesetzes vom 19. Juni 1893). Rechnungslegungspflichtig ist ferner der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten. Der Rechnungspflichtige ist dabei ungünstig gestellt, indem der Gegner die Posten, die sich der Rechnungspflichtige zur Last geschrieben hat, als zugestandene Einnahmeposten oder Zahlungen (außergerichtliches Geständnis) behandeln kann. Aus der laufenden Rechnung kann nicht auf das Rechnungsergebnis (den Saldo) selbständig geklagt werden; vielmehr muß die Klage die einzelnen Posten darlegen, weil nur eine Aufrechnung gewöhnlicher Art vorliegt (ROHG. 3, 4; JW. 85, 355[18]; 02, 321[56]; vgl. § 355 Anm. 12).

Wechselforderungen werden jedoch auch bei der laufenden Rechnung von der gesonderten Geltendmachung nicht ausgeschlossen sein (Bolze 4 Nr. 607). Jedenfalls ist im Zweifel anzunehmen, daß Wechsel nur vorbehaltlich des Eingehens der Valuta gutgeschrieben sind (ROHG. 6, 250; 9, 245).

b) Dagegen ist es (mangels abweichender Vereinbarung) jedem Teile gestattet, die Geschäftsverbindung jederzeit abzubrechen und den sich ergebenden Saldo nach Anm. 2 einzuklagen. Ein Anspruch auf Saldofeststellung besteht nicht. Anm. 3.

c) Der Saldo kann auch hier anerkannt werden, und das Anerkenntnis bildet einen selbständigen Verpflichtungsgrund (RG. 2, 338; 26, 77; JW. 99, 49[50]; jetzt § 781 BGB.). Eine bestimmte Form ist nicht nötig, da ein Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung vorliegt (§ 782 BGB.; JW. 03 Beil. 35[75]), wohl aber ist nötig ein Verhältnis, das über den Verpflichtungswillen, und zwar unter Loslösung von einem Schuldgrund, keinen Zweifel läßt (RG. 61, 319; JW. 94, 281[13]). Es muß danach an die erste Rechnungsstellung der erkennbare Vorschlag geknüpft sein, über die beiderseitigen Forderungsverhältnisse eine endgültige Erledigung in der Weise herbeizuführen, daß weitere Forderungen außer den ver- Anm. 4.

Digitized by Google

Exk. zu § 357. rechneten innerhalb der gegenständlich und zeitlich begrenzten Rechnungsstellung nicht bestehen sollen; durch Annahme dieses Vorschlags kommt der Abrechnungsvertrag zustande (ROHG. 16, 126; RG. 2, 338; JW. 96, 113[57]; 95, 304[41]). Die Einklagung eines Saldos einer vom Gegner aufgemachten Rechnung enthält ein solches Anerkenntnis noch nicht. Bloßes Stillschweigen unter Fortsetzung des Geschäftsverkehrs sehr lange Zeit hindurch genügt zur Annahme eines solchen Anerkenntnisses, wenn gestissentliches Unterlassen jeder Rüge zu unterstellen ist. Dies ist in ROHG. 3, 4 zwar bezweifelt, jedoch in ROHG. 11, 277; 14, 11 u. RG. ZHR. 35, 261, und RG. 28, 38 zugegeben; ebenso genügt Eintragung der Abrechnung in ein Beibuch und fortgesetzte Benützung durch den andern Teil (ROHG. 14, 261; 23, 165). Von dem Anerkenntnis im Sinne eines abstrakten Vertrags (§ 782 BGB.) ist aber zu unterscheiden eine einfache Anerkennung der einzelnen, in einer Abrechnung verrechneten, in einem Gesamtergebnis zusammengefaßten Forderungen; sie hindert keinen Teil, nachträglich weitere, in der Abrechnung nicht enthaltene Forderungen geltend zu machen und damit das Ergebnis der Abrechnung zu ändern; ebenso kann dann die Anerkennung jedes einzelnen Postens angefochten werden; nur nicht so, daß der Rechnungspflichtige einen Einzelposten herausgreift, um den Gegner an dessen Anerkennung festzuhalten (RG. 14, 254); vielmehr muß alsdann die ganze Rechnung neu aufgemacht werden; überhaupt kommt es hier darauf an, welchen Zweck die Parteien durch die Aufrechnung erkennbar verfolgten (vgl. RG. 6. 11. 01 Recht 02, 19[25]).

Anm. 5. Eine Novation liegt in dem Anerkenntnisse nicht; die einzelnen Posten behalten ihren selbständigen rechtlichen Charakter (Bolze 18 Nr. 357; JW. 02, 97[24]); eine für einen Einzelposten bestellte Sicherheit oder eine Mithaftung erlischt schon aus diesem Grunde nicht (Bolze 6 Nr. 451; JW. 02, 321[50]). Wohl aber liegt darin die Schaffung eines selbständigen akzessorischen Verpflichtungsgrundes. Darüber, wie dieser unter den allgemeinen Voraussetzungen des Irrtums, Zwangs, Betrugs angefochten oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung beseitigt werden kann, in welchen Fällen das Anerkenntnis wegen Ungültigkeit der zugrunde liegenden Geschäfte ohne weiteres nichtig ist, wie teilweise Ungültigkeit wirkt, und wie es endlich mit der Verjährung des Anspruchs aus diesem Verpflichtungsgrunde steht, gilt hier das gleiche wie für das Saldoanerkenntnis beim eigentlichen Kontokorrent (vgl. Anm. 29 u. 30 zu § 355). Da an Stelle der gesamten Beziehungen durch den Anerkenntnisvertrag nach § 782 BGB. ein neuer Schuldgrund gesetzt worden ist, können wohl noch Rechnungsfehler ohne weiteres geltend gemacht, nicht aber fernerhin Einwendungen dahin erhoben werden, daß Posten unrichtig beziffert oder andere Posten übersehen seien; sie gelten eben als bezahlt oder erlassen. Die Anfechtung muß sich vielmehr gegen die Gültigkeit des Anerkenntnisvertrags oder gegen das Anerkenntnis selbst z. B. in dem Sinne richten, daß irrig die Ungültigkeit eines nicht verrechneten Postens oder irrig die Gültigkeit eines verrechneten Postens angenommen worden war (vgl. RG. 2, 338; JW. 98, 372[76 u. 77]).

Anm. 6. d) Für die Verzinsung gilt die Vorschrift des § 355 nicht. Die periodische Summierung berechtigt nicht zur Forderung anderer Zinsen, als dies aus allgemeinen Regeln folgt (ROHG. 3, 148).

Anm. 7. e) Was den Gerichtsstand angeht, so ist im Zweifel als Parteiwille anzunehmen, daß die Vereinbarung eines bestimmten Erfüllungsortes für die Einzelgeschäfte (anders als beim Kontokorrent [§ 355 Anm. 28] auch für die Forderung aus dem anerkannten Saldo gelten soll (OLG. Dresden SächsA. 4, 501).

§ 358.

§ 358. Bei Handelsgeschäften kann die Leistung nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt und gefordert werden.

Der vorliegende Paragraph erklärt die gewöhnliche Geschäftszeit als Erfüllungszeit.

Anm. 1. 1. Die Bestimmung ist lediglich eine gesetzliche Auslegungsvorschrift trotz ihres strengen Wortlauts („kann nur"). Für den bürgerlichen Rechtsverkehr hat man geglaubt, eine solche ent-

Digitized by Google

behren zu können. Das BGB. enthält daher eine entsprechende Vorschrift nicht. § 358.
Daraus folgt aber nicht, daß im bürgerlichen Rechtsverkehr jede schuldige Leistung den ganzen Tag und die ganze Nacht über bewirkt werden kann. Vielmehr muß hier gemäß §§ 157, 242 BGB. nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte aus den Umständen entnommen werden, wann eine Leistung gefordert und bewirkt werden kann.

Da der vorliegende Paragraph eine Auslegungsvorschrift ist, so weicht Anm. 2.
er, sobald erhellt, daß der Wille der Parteien damit nicht übereinstimmt. Sehr oft wird auch die Nachtzeit, ja sogar gerade die Nachtzeit als die allein geeignete Erfüllungszeit angesehen werden müssen, so z. B. bei gewissen Eisenbahntransporten, bei Nachtdroschken, Hilfeleistungen bei Umzügen, Reinigung des Geschäftslokals usw.

Selbstverständlich ist ferner, daß die außerhalb der Geschäftszeit bewirkte Anm. 3.
und angenommene Leistung gültig ist.

2. **Bei Handelsgeschäften** gilt die Vorschrift, auch bei einseitigen. Sie gilt also dann, wenn das Anm. 4.
Geschäft von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen wurde (§ 343). Für den Begriff Kaufmann sind die §§ 1—5, einschließlich des Ext. zu § 5, für den Begriff Handelsgeschäft der § 343 und die dort erörterte weite Ausdehnung des Begriffes Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe, sowie die Vermutungen des § 344 maßgebend.

3. **Die gewöhnliche Geschäftszeit** richtet sich nach dem Ortsgebrauch und der Übung der be- Anm. 5.
treffenden Geschäftszweige. Bankiers schließen z. B. meist früher ihre Geschäfte als Warenkaufleute, Großhändler früher als Kleinkaufleute. Dagegen ist die von dem Ortsgebrauch und den Gepflogenheiten des Geschäftszweiges abweichende Geschäftszeit des betreffenden berechtigten oder verpflichteten Handlungshauses nicht entscheidend. Wenigstens paßt auf sie nicht die gesetzliche Auslegungsregel des vorliegenden Paragraphen. Wohl aber kann sie unter Umständen für den abweichenden Parteiwillen entscheidend sein.

§ 359.

Ist als Zeit der Leistung das Frühjahr oder der Herbst oder ein in ähn- § 359.
licher Weise bestimmter Zeitpunkt vereinbart, so entscheidet im Zweifel der Handelsgebrauch des Ortes der Leistung.

Ist eine Frist von acht Tagen vereinbart, so sind hierunter im Zweifel volle acht Tage zu verstehen.

1. (Abs. 1.) **Über die Bedeutung der Bezeichnung: das Frühjahr, der Herbst oder ähnliche** Anm. 1.
Zeitbestimmungen (Messezeit, Wiedereröffnung der Schiffahrt, Eisfreiheit, Zugefrieren, Schluß der Ernte usw.) entscheidet der Handelsgebrauch, und zwar der Handelsgebrauch am Erfüllungsorte, worauf das Schwergewicht dieser Vorschrift ruht. Ist am Erfüllungsorte ein Handelsgebrauch nicht vorhanden, der zur Auslegung herangezogen werden könnte, so entscheiden die kalendermäßigen Fristen. Alsdann bedeutet die Verabredung „im Frühjahr zu liefern", daß die Lieferung vor dem 21. Juni zu geschehen hat, die Verabredung „Abladung per Sommer", daß die Abladung am 22. September beendet sein muß, „Erfüllung im Herbst" bedeutet Beendigung der Erfüllung spätestens am 21. Dezember (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 284; dagegen Dernburg I § 104 V).

Die Vorschrift gilt für alle Handelsgeschäfte, auch für einseitige (Anm. 4 zu § 358).

2. (Abs. 2.) **Eine Frist von 8 Tagen soll im Zweifel als volle 8 Tage gelten.** Diese Aus- Anm. 2.
legungsvorschrift war schon im alten HGB. enthalten (Art. 328). Sie fehlt im BGB.

Auch diese Vorschrift gilt für alle Handelsgeschäfte, auch einseitige (§ 358 Anm. 4). Unter der Herrschaft des BGB. ist nach der Verkehrssitte eine solche Fristsetzung als eine Frist von 7 Tagen aufzufassen, so daß der Anfangstag nicht eingerechnet wird

Digitized by Google

§ 359. (Rehbein I 292). Unter „heute in 8 Tagen" wird daher eine Wochenfrist, unter „heute in 14 Tagen" aber eine nach Tagen zu berechnende Frist zu verstehen sein (Gaupp-Stein § 222 II d).

Exk. zu § 359.

Exkurs zu § 359.

Die Vorschriften des BGB. über die Erfüllungszeit.

Lit.: de Claparède, Beiträge z. Lehre v. Leistungsverzug, 03; Simon, Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts, 89; Rutz, Die gesetzliche Befristung (Diss.), 05; Weiß, Verjährung und gesetzl. Befristung. Preisschrift, 05.

Anm. 1. Die §§ 358 und 359 sind die einzigen allgemeinen Vorschriften, die das neue HGB. über die Zeit der Erfüllung gibt. Die übrigen Vorschriften des alten HGB. über die Erfüllungszeit (Art. 326—334) sind fortgelassen. Sie sind teils verändert, teils unverändert in das BGB. übergegangen.

Die Vorschriften des BGB. über die Erfüllungszeit gelten auch für das Handelsrecht (Art. 2 EG. z. HGB.; hierüber Exk. zu § 372 Anm. 32). Soweit sich nach ihnen die Erfüllung von Handelsgeschäften bestimmt, **gelten sie für alle Handelsgeschäfte, auch einseitige.** (Über diesen Begriff Anm. 4 zu § 358.)

Die hier zur Anwendung kommenden Grundsätze sind folgende:

Anm. 2. I. **Zeit der Erfüllung, wenn sie nicht bestimmt ist.**

1. Hierüber bestimmt § 271 Abs. 1 BGB. Er lautet, wie Art. 326 altes HGB.:

> Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.

Anm. 3. 2. Der vorliegende Paragraph stellt eine gesetzliche Dispositivregel auf. Dieselbe gilt so lange, bis die Parteien eine abweichende Frist vereinbaren. Daß dies geschehen und daß die abweichende Frist vereinbart ist, aus der sich der Anspruch des Klägers als verfrüht ergibt, hat der zu beweisen, der die Abweichung von der gesetzlichen Regel bzw. die größere Abweichung behauptet (vgl. 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 33 ff.). Dieser Beweis kann dahin geführt werden, daß eine abweichende Frist ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist (dies ist durch die Worte ausgedrückt: Ist eine Zeit weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen). Er kann aber auch dahin geführt werden, daß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine gewisse Frist gilt, wie z. B. wenn bewiesen wird, daß in dem betreffenden Geschäftszweige ein 6monatliches Ziel gilt. So ist eine aus Entgegenkommen und mit Rücksicht auf die gesicherte Vermögenslage des Schuldners gewährte Stundung dahin zu verstehen, daß sie wegfällt, wenn der Schuldner in schlechte Verhältnisse gerät (JW. 06, 168[5]). Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte kommen übrigens auch bei Auslegung der über die Frist getroffenen Vereinbarung in Betracht, also insbesondere als ergänzende Regel und als Auslegungsregel. Über diese doppelte Funktion der Verkehrssitte und über Beispiele nach diesen beiden Richtungen in bezug auf die Fristabrede (z. B. nach Möglichkeit, nach Kräften, nach Belieben usw.) Anm. 17 zu § 346. Ist ein Jahresquantum in regelmäßigen Zwischenräumen zu liefern, so sind gleichmäßige Zwischenräume gemeint, wenn ein laufender Bedarf gedeckt werden soll (RG. 33, 54). Weitere Zeitbestimmungen § 376 Anm. 6.

Anm. 4. 3. Auf Abruf besagt beim Kauf, daß der Käufer den Zeitpunkt der Lieferung zu bestimmen hat. Der Käufer darf das aber nicht ganz willkürlich machen; angemessene Zeit muß er dem Verkäufer lassen. Zögert der Käufer ungebührliche Zeit mit dem Abruf, so braucht der erfüllungsbereite Verkäufer nicht tatsächlich anzubieten; es genügt die Aufforderung des Verkäufers, über die Ware zu verfügen. Bleibt diese Aufforderung erfolglos, so gerät der Käufer dadurch allein schon in Annahmeverzug (§§ 293, 295 BGB.; RG. 43, 104; JW. 04, 168[8]), und wenn Zug um Zug zu zahlen war, auch in Zahlungsverzug. Der Käufer kann aber verlangen, daß er gemäß § 322 BGB. nur Zug um Zug gegen Lieferung der Ware

Digitized by Google

zur Zahlung verurteilt werde, falls Verkäufer Erfüllung wählt; weiteres Exk. zu § 374 Anm. 5 und Exk. vor § 373. Dem Verkäufer stehen aber auch die Rechte aus § 326 BGB. zur Wahl (Exk. zu § 374). Hat der Käufer abzurufen und zu spezifizieren, so kommt § 375 zur Anwendung. Ist für den Abruf eine kalendermäßige Frist bestimmt, so bedarf es nicht einmal einer Aufforderung des Verkäufers zum Abruf (§ 296 BGB.; hierüber Exk. zu § 374 und OLG. Breslau im Recht 03, 338). Hat der Abruf nach Bedarf des Käufers zu erfolgen, so gilt das Vorhandensein eines gewissen Bedarfs als zugesichert, und der Käufer muß diesen Bedarf bei dem Gegenkontrahenten decken; er darf nicht anderswoher beziehen. Verweigert der Käufer den Abruf ernstlich und bestimmt, so kommen die Grundsätze über positive Vertragsverletzungen zur Anwendung (Exk. zu § 374). Ruft der Käufer zuviel, zuwenig oder zu ungehöriger Zeit oder unter unzulässigen Bedingungen ab, so gelten dieselben Grundsätze wie bei ungehöriger Mahnung, wenn Verkäufer auf den Abruf nicht liefert. Es kommt also darauf an, ob auch der richtige Abruf vergeblich gewesen wäre (ROHG. 16, 200; RG. 8. 1. 04 im Recht 04, 136; SeuffA. 59, 388). Läßt sich erkennen, daß der Käufer nur vertragswidrig abrufen will, so wird der Verkäufer durch einen solchen Abruf nicht nur nicht in Leistungsverzug versetzt, sondern es kann ein derartiger Abruf sogar eine positive Vertragsverletzung seitens des Käufers enthalten. Exk. zu § 359.

4. Das „sofort" ist übrigens ebenfalls dahin zu verstehen, daß soviel Zeit vergehen muß, um die zur Erfüllung erforderlichen Vorbereitungen zu treffen, zumal dann, wenn der Schuldner erst eine Aufforderung zu erwarten hatte, um die Leistung zu bewirken (ROHG. 4, 353). So wurde z. B. in Bolze 12 Nr. 473 dem Kunden ein modicum tempus gewährt, als der Bankier seinen Bedingungen gemäß „umgehende" Verstärkung des Depots verlangte (§ 346 Anm. 17). Selbst bei den Klauseln Netto Kasse oder Zahlung Kasse, ist noch eine kurze Zahlungsfrist üblich (Zander in Gruch. 49, 776). Anm. 5.

5. Die Bestimmung des vorliegenden Paragraphen handelt übrigens von der Fälligkeit, nicht vom Verzuge. Zum letzteren gehört der Regel nach noch eine Aufforderung zur Bewirkung der fälligen Leistung oder zur Entgegennahme der Leistung (§§ 284, 293 BGB.; ROHG. 9, 345; RG. 28, 331). Die nach Klagerhebung eingetretene Fälligkeit ist noch wirksam (RG. 1, 425; 8, 415). Anm. 6.

6. Die Pflicht „sofortiger Erfüllung" wird bei zweiseitigen Verträgen häufig eine sehr kritische Frage. Wann hat z. B. beim Kauf der Käufer zu erfüllen? Nach § 320 BGB. braucht kein Teil früher zu leisten, als bis der andere seinerseits erfüllt hat? Wie ist aus diesem Dilemma herauszukommen? Hier helfen häufig Handelsgebräuche, die dem einen Teil die Pflicht auferlegen, zunächst seinerseits zu erfüllen, also vorzuleisten. Dahin gehört beim Kauf die Übersendungspflicht. Näheres Exk. zu § 372. Anm. 7.

II. **Die Zeit der Erfüllung, wenn eine solche bestimmt ist.** Selbstverständlich entscheidet in dieselbem Falle die bestimmte Zeit. Anm. 8.

Das BGB. fügt aber in § 271 Abs. 2 hinzu, daß, wenn eine Zeit bestimmt ist, im Zweifel anzunehmen ist, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken kann. Daher gerät der Gläubiger durch Nichtannahme in Verzug. Damit ist der entgegengesetzte Grundsatz aufgestellt, als früher im Art. 334 HGB., nach dem das Gesetz die Aufstellung einer Auslegungsregel oder einer Dispositivvorschrift nach dieser Richtung ablehnte. Die Vorschrift ist eine Auslegungsregel. Daraus folgt:

1. Der Gegenbeweis ist zulässig. Wird er geführt, so gilt die Zeitbestimmung nicht als zugunsten des Schuldners hinzugefügt. Es kann in diesem Falle auch der Gläubiger eine frühere Leistung ablehnen. Anm. 9.

2. Der Gegenbeweis kann durch den Beweis einer ausdrücklichen oder einer stillschweigenden, aus den Umständen zu entnehmenden Vereinbarung geführt werden oder auch durch Berufung auf eine abweichende Verkehrssitte. So wird z. B. bei einem verzinslichen Darlehn auf bestimmte Zeit nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Anm. 10

Digitized by Google

Erk. zu § 359. Verkehrssitte anzunehmen sein, daß der Gläubiger die frühere Zahlung ablehnen kann (Planck Anm. 2 zu § 271 BGB.; vgl. § 609 Abs. 3 BGB.). Über Usancen in bezug auf Zahlungsfristen siehe die Berliner Ältesten bei Dove-Apt I 91.

Anm. 11. **III. Nichtberechtigung zum Abzug des Zwischenzinses (Rabatts, Diskonts) für den Fall der Bezahlung einer unverzinslichen Schuld vor der Fälligkeit.**

1. In dieser Hinsicht bestimmt § 272 BGB., wie Art. 334 Abs. 2 altes HGB.:

> Bezahlt der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit, so ist er zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen nicht berechtigt.

Dies selbst dann nicht, wenn die Zahlung irrigerweise vorzeitig erfolgte (§ 813 Abs. 2 BGB.). Ausnahmsweise ist der Abzug des Zwischenzinses gestattet in den hier nicht interessierenden Fällen der §§ 1133 Satz 3; 1217 Abs. 2 Satz 2 BGB.; § 111 Satz 2 ZVG., sowie dann, wenn im Konkurs eine unverzinsliche betagte Schuld vor der Fälligkeit bezahlt wird (§ 65 KO.). Über die Berechnungsmethode näheres bei Jaeger § 65 Anm. 5 ff.

Anm. 12. **2. Die Regel ist eine gesetzliche Dispositivvorschrift.** Das Gegenteil kann also vereinbart werden. Daß es geschehen, muß der beweisen, der sich auf die abweichende Vereinbarung beruft (vgl. 6./7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 33 ff.).

Anm. 13. **3. Der Gegenbeweis kann geführt werden durch den Beweis einer ausdrücklichen oder einer stillschweigenden abweichenden Vereinbarung oder durch den Beweis eines Handelsgebrauchs.** Diesem gegenüber müßte der Gläubiger wieder beweisen, daß im vorliegenden Falle der Abzug verboten war.

Anm. 14. **4. Der Begriff Skonto spielt übrigens im Warenverkehr eine große Rolle.** Er bedeutet hier bald eine Prämie für vorzeitige Leistung, bald eine Prämie für pünktliche Leistung, bald hat er mit der Zahlungsweise nichts zu tun und ist nur eine Modifikation des Kaufpreises. In den beiden ersteren Fällen (als Prämie für vorzeitige oder für pünktliche Leistung) heißt er Zahlungsskonto, im letzteren Falle, wo er ohne Rücksicht auf die Regulierungsweise in Abzug kommt, heißt er Warenskonto oder Warenrabatt. Der erstere Fall liegt z. B. vor, wenn als „Kondition" vereinbart ist: Kasse mit 2%, Ziel 3 Monate. Das bedeutet: der Käufer hat 3 Monate Frist, aber der Verkäufer legt doch Wert darauf, daß er das Geld sofort erhält; zahlt daher der Kunde sofort nach Lieferung (das ist bei Platzgeschäften der Augenblick der Übergabe der Ware, bei Distanzgeschäften regelmäßig das Datum der Faktura, das die Absendung der Ware bedeutet [ROHG. 2, 377; 6, 165]), so soll er die Vergünstigung eines Zahlungsskontos von 2% haben. Der zweite Fall des Zahlungsskontos kann vorliegen, wenn als Kondition vereinbart ist: Ziel 3 Monate, 2%. Das kann heißen, daß der Verkäufer bei Zahlung innerhalb 3 Monaten 2% am Kaufpreis als Vergünstigung für pünktliche Zahlung sich abziehen läßt; diese Kondition kann aber auch heißen, der Käufer, welchem ein 3monatliches Zahlungsziel bewilligt werde, dürfe unter allen Umständen den Kaufpreis um 2% kürzen. Letzteres wäre der Fall des Warenskontos (JW. 03, 421[9]). Ein Skonto von mehr als 4% wird präsumtiv nicht als Kassenskonto angesehen (vgl. überhaupt Dove-Apt I 113; Riesenfeld 126); lautet die Kondition: „1% Skonto oder 3 Monatsakzept", so darf der Käufer 1% vom Kaufpreis abziehen, wenn er sofort (oben Anm. 5) nach Absendung der Ware bar zahlt; andernfalls hat er sein 3 Monatsakzept mit dem Datum der Faktura zu geben. Tut er keines von beidem, so ist der Kaufpreis sofort nach Absendung der Ware fällig; dies ist zwar nicht Handelsgebrauch wie Zander in Gruch. 49, 777 anscheinend behauptet, aber es ergibt sich dieser Schluß aus der bedingten Stundung (Erk. vor § 373; dagegen mit Unrecht OLG. Breslau im Recht 04, 44[150]). Kasse 2% bedeutet, daß der Käufer nur bei sofortiger Barzahlung 2% am Preis kürzen darf. Die Klausel Zahlung Kasse versagt den Abzug des üblichen Kassenskontos noch nicht (Zander in Gruch. 49, 777).

Anm. 15. **Die Vereinbarung des Zahlungsskontos muß der Käufer beweisen,** da sie besondere Zusagen und Vergünstigungen enthält. Beim Warenskonto dagegen liegt nur die

Digitized by Google

Behauptung vor, der Preis sei anders vereinbart als der Kläger dies darstellt (ROHG. 12, 84; Erk. zu Förster-Eccius § 124 Anm. 82; Förtsch Anm. 4 zu Art. 334). Hier hat der Verkäufer die Beweislast; es sei denn, daß der Käufer selbst nur behaupten will, der Warenskonto sei ihm nachträglich bewilligt. § 359.

Der Zahlungsskonto kommt in Wegfall, wenn nicht pünktlich gezahlt wird (Bolze 13 Nr. 272), nunmehr hat der Schuldner auch noch Verzugszinsen zu zahlen. Der Warenskonto kommt bei unpünktlicher Zahlung nicht in Wegfall, aber Verzugszinsen hat der Schuldner auch in diesem Falle zu zahlen (auf den Warenskonto bezieht sich wohl nur die Entscheidung in Bolze 5 Nr. 646). Anm. 16.

Das Gegenteil des Skontoabzugs besagen die Klauseln „netto ab hier", „rein netto" oder „Netto Kasse"; es wird durch diese Konditionen ausgedrückt, daß der angesetzte Preis ohne jeden Abzug zu entrichten ist (ROHG. 8, 120; Zander in Gruch. 49, 776). Dagegen besagt „Zahlung Kasse" nur, daß kein Zahlungsziel bewilligt ist (JW. 93, 311[20]). Anm. 17.

IV. Der Tag, an dem die Frist beginnt. Anm. 18.

1. Darüber bestimmt § 187 BGB.:

> Ist für den Anfang einer Frist ein Ereigniß oder ein in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt maßgebend, so wird bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereigniß oder der Zeitpunkt fällt.
>
> Ist der Beginn eines Tages der für den Anfang einer Frist maßgebende Zeitpunkt, so wird dieser Tag bei der Berechnung der Frist mitgerechnet. Das Gleiche gilt von dem Tage der Geburt bei der Berechnung des Lebensalters.

2. Der Tag ist hiernach gemäß Abs. 1 des § 187 BGB. für den gesamten Rechtsverkehr die kleinste Zeiteinheit (wie früher nach Art. 328 für den Handelsverkehr). Infolgedessen muß, wenn eine Frist mit einem Ereignis oder einem in den Lauf eines Tages fallenden Zeitpunkt beginnt, der Tag, auf den das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt, entweder ganz oder gar nicht berechnet werden. Das BGB. entscheidet sich für letzteres. Anm. 19.

Beispiele: Am Montag früh 8 Uhr wird Erfüllung innerhalb 4 Tagen vereinbart; es ist zu erfüllen spätestens Freitag abend. Eine am 1. Januar 8 Tage nach dato ausgestellte Anweisung ist am 9. Januar fällig (der Tag der Ausstellung wird nicht gerechnet, 8 Tage sind nach § 359 acht volle Tage). Anm. 20.

Die Vorschrift gilt für den gesamten Rechtsverkehr, und zwar nicht nur für Rechtsgeschäfte, sondern auch für die gesetzlich oder in richterlicher Verfügung bestimmten Fristen (§ 186 BGB.), insbesondere also auch für Fristen, die im HGB. gesetzlich bestimmt sind, und für Fristen, die in handelsgerichtlichen Verfügungen bestimmt werden, und für Fristen, die in Handelsgeschäften, zweiseitigen und einseitigen, einzuhalten sind. Anm. 21.

Die Vorschrift des Abs. 1 fällt weg, wenn es sich um eine nach Stunden bemessene Frist handelt. Doch ist hier zu bedenken, daß auch eine tagesweise gemeinte Frist oft stundenmäßig bezeichnet wird, z. B. 2 mal 24 Stunden (ROHG. 12, 129). Die Bestimmung des § 222 Abs. 3 CPO., wonach Sonntage und allgemeine Feiertage nicht mitgerechnet werden, ist im materiellen Recht nicht unbedingt zu verwerten. Anm. 22.

Die Vorschrift fällt aber überhaupt weg, wenn sich im besonderen Falle das Gegenteil als Wille ergibt. Denn sie ist nur eine Auslegungsvorschrift (§ 186 BGB.). Wenn also für eine gesetzliche Frist aus dem Gesetze oder bei einer richterlichen Frist aus der gerichtlichen Verfügung, bei einer rechtsgeschäftlichen Frist aus dem Rechtsgeschäfte eine abweichende Bestimmung als gewollt sich ergibt, fällt die Auslegungsvorschrift weg. Anm. 23.

3. Nach Abs. 2 wird der erste Tag der Frist mitgerechnet, wenn der Beginn des Tages für den Anfang der Frist maßgebend ist. Hier fällt die Notwendigkeit, den Teil des Tages unberücksichtigt zu lassen, fort. Der Tag der Geburt wird aber gleichfalls mitgerechnet, obwohl doch die Geburt ein in den Lauf des Tages fallendes Ereignis ist (RGSt. 35, 39). Anm. 24

Digitized by Google

Erl. zu V. Weitere Bestimmungen über Berechnung von Tages-, Wochen- und Monatsfristen.

§ 359. 1. Hierüber bestimmen die §§ 188 und 189 BGB.

Anm. 25.

§ 188. Eine nach Tagen bestimmte Frist endigt mit dem Ablaufe des letzten Tages der Frist.

Eine Frist, die nach Wochen, nach Monaten oder nach einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume — Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr — bestimmt ist, endigt im Falle des § 187 Abs. 1 mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder seine Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereigniß oder der Zeitpunkt fällt, im Falle des § 187 Abs. 2 mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher dem Tage vorhergeht, der durch seine Benennung oder seine Zahl dem Anfangstage der Frist entspricht.

Fehlt bei einer nach Monaten bestimmten Frist in dem letzten Monate der für ihren Ablauf maßgebende Tag, so endigt die Frist mit dem Ablaufe des letzten Tages dieses Monats.

Anm. 26. 2. Der § 188 BGB. stimmt mit dem früheren Art. 328 im wesentlichen überein. Fortgelassen ist jedoch, daß eine Frist von 8 Tagen volle 8 Tage und daß eine Frist von 14 Tagen volle 14 Tage bedeutet. Das erstere wird aber im § 359 HGB. gesagt (Anm. 2 zu § 359).

Anm. 27. 3. Auch diese Vorschriften sind nur Auslegungsvorschriften (§ 186 BGB.). Sie weichen entgegenstehendem Parteiwillen, der aber von dem zu beweisen ist, der ihn behauptet (6/7. Aufl. Allg. Einl. Anm. 33 ff.).

Anm. 28. VI. **Eine Auslegungsvorschrift über Bruchteile von Jahren und Monaten** gibt § 189 BGB.

Unter einem halben Jahre wird eine Frist von sechs Monaten, unter einem Vierteljahre eine Frist von drei Monaten, unter einem halben Monat eine Frist von fünfzehn Tagen verstanden.

Ist eine Frist auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die fünfzehn Tage zuletzt zu zählen.

Anm. 29. VII. **Über Verlängerungsfristen** bestimmt § 190 BGB.:

Im Falle der Verlängerung einer Frist wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet.

1. Auch hier liegt nur eine Auslegungsvorschrift vor (§ 186 BGB.), die entgegenstehendem Parteiwillen weicht, welch' letzterer von dem zu beweisen ist, der sich darauf beruft.

Anm. 30. 2. Der Inhalt der Vorschrift ist ein doppelter: es soll der Verfalltag nicht mitgezählt werden, es soll aber ferner die neue Frist nicht vom Tage der Bewilligung, sondern vom Verfalltage an gerechnet werden (Hahn § 1 zu Art. 333; Dernburg I § 105 III 6).

3. Der Anfang der neuen Frist ist der Beginn ihres ersten Tages, da die alte Frist mit dem Ablauf des Tages endet (§ 187 Abs. 2 BGB.; oben Anm. 19).

Anm. 31. 4. Endet die erste Frist an einem Feiertag, so ist nicht der nächstfolgende Werktag der Ablaufstag der ersten Frist, vielmehr beginnt am nächstfolgenden Tage des wirklichen Ablaufs die verlängerte Frist. Ein Fall des § 193 BGB. liegt nicht vor, da an diesem Ablaufstage eine Willenserklärung nicht abzugeben, eine Leistung nicht zu bewirken ist.

Anm. 32. VIII. **Berechnung einer monatlichen oder nach Jahren bemessenen, nicht zusammenhängenden Frist.** Hierüber bestimmt § 191 BGB.

Ist ein Zeitraum nach Monaten oder nach Jahren in dem Sinne bestimmt, daß er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht, so wird der Monat zu dreißig, das Jahr zu dreihundertfünfundsechzig Tagen gerechnet.

Die Anwendung dieses Paragraphen dürfte nicht sehr häufig vorkommen. Beispiel: Es wird ein Geschäftsreisender engagiert mit der Bedingung, daß er 9 Monate im Jahre reisen solle. Auch diese Vorschrift ist eine Auslegungsvorschrift (§ 186 BGB.).

Anm. 33. IX. **Bedeutung der Bezeichnung: Anfang, Mitte und Ende des Monats.** § 192 BGB. bestimmt hierüber:

Unter Anfang des Monats wird der erste, unter Mitte des Monats der fünfzehnte, unter Ende des Monats der letzte Tag des Monats verstanden.

Auch diese Vorschrift ist nur dispositiv. Nach Zander in Gruch. 49, 587 soll handelsgebräuchlich unter Lieferung Anfangs eines Monats die Zeit bis 10. des Monats (in Berlin

Digitized by Google

die erste Woche des Monats, Dove-Apt 128 Nr. 4), unter Mitte des Monats die Zeit vom Erk. zu 10. bis 20. des Monats, unter Ende des Monats die Zeit vom 21. bis zum letzten des § 359. Monats verstanden werden (vgl. Riesenfeld Nr. 188, 69).

X. **Auslegungsvorschrift für den Fall, daß der Erklärungs- bzw. Erfüllungstag oder das Ende der Erklärungs- oder Erfüllungsfrist ein Sonn- oder Feiertag ist.** Anm. 34.

1. Hierüber bestimmt § 193 BGB.

> Ist an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt an die Stelle des Sonntags oder des Feiertags der nächstfolgende Werktag.

2. Diese Bestimmung ist sehr wichtig. Insbesondere ist hervorzuheben, daß sie nicht, wie Art. 329 und 330 des alten HGB., zwischen Erfüllungsterminen und Erfüllungsfristen unterscheidet, um in dem einen Fall den nachfolgenden, in dem andern den vorhergehenden Werktag dafür einzusetzen, daß sie vielmehr in beiden Fällen den folgenden Werktag dafür einsetzt. Anm. 35.

3. Die Erfüllungszeitpunkte und Erklärungszeitpunkte werden durch diese Vorschrift oft erheblich verschoben. Fällt z. B. der erste Weihnachtsfeiertag auf Montag, so wird der Erfüllungstag von Sonntag auf den nächsten Mittwoch verlegt. Anm. 36.

4. Welches die allgemeinen Feiertage sind, ist nach dem Rechte des Erfüllungsorts zu entscheiden. Es muß sich um staatlich anerkannte Feiertage handeln. Ein jüdischer Feiertag gilt, auch wenn beide Teile Juden sind, wo er nicht staatlich anerkannt ist, nicht als ein allgemeiner Feiertag im Sinne des § 193 BGB., wie z. B. der Sabbath, das Versöhnungsfest, das Neujahrsfest (ROHG. 2, 411). In Preußen sind als allgemeine Feiertage gesetzlich anerkannt: Weihnachten, Ostern, Pfingsten (immer 2 Tage), Neujahr, ein Bußtag, Karfreitag und Himmelfahrtstag (vgl. Koch Anm. 442 zu § 48, I, 3 ALR.; Kabinettsorder vom 7. Februar 1837 und 22. Juli 1839, Ges. v. 12. September 1899). Über die allgemeinen Feiertage in den anderen Bundesstaaten s. Becher AG. z. BGB. Bd. II. Anm. 37.

Über den Inhalt der Vorschrift ist folgendes zu vermerken:

a) Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf Leistungen als auch auf Erklärungen z. B. auch auf Kündigungserklärungen, ferner auf Fristsetzungen, wie sie gerade in den neueren Gesetzen so vielfach erwähnt werden. Anm. 38.

b) Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf Termine als auch auf Fristen (Anm. 35), aber sie hat bei beiden verschiedene Bedeutung: Die Frist wird verlängert, der Termin wird verlegt. Bei der Frist bewirkt die Vorschrift, daß der letzte Tag der Frist nicht der Feiertag, auf den das Ende der Frist eigentlich fällt, sondern der nächstfolgende Werktag ist. Der Erfüllungs- oder Erklärungspflichtige hat daher das Recht, auch noch am folgenden Werktage zu erfüllen oder zu erklären. Aber er kann das natürlich auch an dem Feiertage tun, der das eigentliche Ende der Frist ist. Der andere Teil kann die Entgegennahme der Erfüllung und Erklärung nicht ablehnen, weil sie an diesem Feiertage und nicht erst am nächstfolgenden Werktage erfolgt. Denn bei der Frist hat die Vorschrift zweifellos nur die Bedeutung einer Begünstigung des Erklärungspflichtigen. Unter Umständen wird die Entgegennahme der Leistung oder Erklärung allerdings abgelehnt werden können, aber nicht auf Grund des vorliegenden Paragraphen, sondern aus der Natur der Sache, auf Grund der Verkehrssitte gemäß § 157 BGB., oder weil der Feiertag nicht die gewöhnliche Geschäftszeit für solche Erfüllungen und Erklärungen sein wird (§ 358 HGB.; Gruch. 40, 902 [Geldzahlung]). Aber der vorliegende Paragraph gibt eine Vorschrift dieser Art nicht; das BGB. und das HGB. gibt überhaupt keine Vorschrift allgemeiner Art, wonach am Sonntag nicht erfüllt oder erklärt und beides nicht entgegengenommen zu werden brauchte (abweichend Dernburg I § 105 VI, der Termin und Frist gleichen Regeln unterstellt; aber zust. Planck § 193 1 b).

Digitized by Google

Erl. zu § 359. Was nun den auf den Feiertag fallenden Erklärungstag betrifft, so wird dieser, wie gesagt, verlegt. Der nächstfolgende Werktag ist in solchen Fällen der Erfüllungs- oder Erklärungstag. Dies hat zur Folge, daß die vorher, also an dem betreffenden Feiertage selbst erfolgte Erklärung oder Erfüllung vorzeitig ist; daran knüpfen sich alle Folgen einer vorzeitigen Erfüllung oder Erklärung. Nicht immer ist in solchem Falle das an dem Feiertag erfolgende Erfüllungsangebot unwirksam, da ja der Schuldner unter Umständen auch vor dem bestimmten Termine erfüllen kann, nach § 271 Abs. 2 BGB. sogar im Zweifel stets. Der Schuldner kann also im Zweifel auch am ursprünglichen Erfüllungstage erfüllen, auch wenn das ein Feiertag ist, wenn nicht etwa, wie oben bei der Frist erwähnt, andere Bestimmungen entgegenstehen. Eine Bestimmung dahin, daß der Gläubiger die am Feiertag angebotene Leistung nicht anzunehmen braucht, können wir auch hinsichtlich des bestimmten Erfüllungstages in vorliegendem Paragraph nicht erblicken (hier abweichend Hölder, Anm. 2 zu § 193 BGB.; aber zust. Planck § 193 1 b).

Ist die Erklärung oder Leistung zu ungehöriger Zeit an den Adressaten gelangt, so erfordert Treu und Glauben, daß er nicht stillschweigt (Dernburg a. a. O.).

Anm. 39. 6. Die Vorschrift ist nur eine Auslegungsregel, so daß sie dort keine Anwendung findet, wo dies der Natur des Geschäftes oder dem Parteiwillen nicht entspricht. Zu weit geht es, wenn Planck Anm. 4 zu § 193 BGB. annimmt, daß sie bei Fixgeschäften keine Anwendung findet. Aber wenn man sich für Sonntag eine Droschke bestellt, so muß sie natürlich am Sonntag bereit sein. Wenn ein Restaurateur Bier zum Festtage bestellt, so muß es an diesem Tage geliefert werden, er darf sich sonst das Bier, selbst wenn Bierbezugspflicht besteht, von anderer Seite verschaffen, solange die Zwangslage dauert. Überhaupt muß bei Geschäften, welche die Befriedigung täglicher Lebensbedürfnisse zum Gegenstand haben, wie die Bestellungen bei Metzger, Bäcker, Schuhmacher, Schneider und Viktualienhändler, die Ausführung zur bestimmten Zeit erfolgen, indem bei solchen Fixgeschäften des täglichen Lebens der Rücktritt im Fall nicht pünktlicher Lieferung nach Treu und Glauben als vereinbart gilt (RG. 62, 182). Umgekehrt wenn sich der Börsengebrauch bildet, daß das jüdische Versöhnungsfest kein Erfüllungstag ist, so behält es dabei sein Bewenden (vgl. die Bedingungen der Berliner Fondsbörse in ZHR. 37, 488).

Anm. 40. 7. Auf die Fälle, in denen ein Sonn- oder Feiertag in den Anfang der Frist oder mitten in den Lauf der Frist fällt, bezieht sich § 193 BGB. nicht. Die Frist wird also in diesen Fällen nicht verlängert. Darüber, ob an einem Feiertage Erklärungen und Erfüllungen entgegengenommen werden müssen, enthält § 193 BGB. gleichfalls nichts (vgl. oben Anm. 38).

§ 360.

§ 360. Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Waare geschuldet, so ist Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten.

Der vorliegende Paragraph bestimmt, daß bei Gattungsobligationen, deren Gegenstand eine Ware bildet, eine Ware mittlerer Art und Güte zu leisten ist.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift bezieht sich nur auf ein Schuldverhältnis, dessen Gegenstand eine Ware bildet.** Der korrespondierende § 243 BGB. bezieht sich auf Sachen aller Art. Auf andere generische Leistungen, z. B. auf Dienste, beziehen sich beide Vorschriften nicht. Unter Waren sind nur bewegliche Sachen zu verstehen. Ihnen werden im HGB. die Wertpapiere an die Seite gestellt (so § 1 Nr. 1; §§ 381, 383; vgl. § 1 Anm. 39 ff.). Die Wertpapiere sind daher zwar nicht Waren, weil sie keine körperlichen beweglichen Sachen sind; sie stehen ihnen aber gleich, so daß § 360 auch auf sie Anwendung findet (ROHG. 11, 46; RG. 17, 58; 28, 258; RG. 17. 5. 90 Reichsanz. bes. Beil. 3, 415; RG. 43, 356). Ein sachlicher Unterschied besteht also nicht. Auch die allgemeine Vorschrift des § 243 BGB. führt zu demselben Ergebnis. Derselbe lautet:

Digitized by Google

§ 360. Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.

Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche gethan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache.

Insbesondere gilt dies für Inhaberpapiere. Daraus folgt, daß die Kursfähigkeit zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften gehört (ROHG. 11, 25; 16, 22; 20, 423; RG. 1. 3. 83 Gruch. 28, 904; Hanauseck, Die Haftung des Verkäufers II § 54 Anm. 4; Jakobi in Fischers Abh. 8 Heft 1, 103). Neuerdings rechnet das RG. I ZS. die Kursfähigkeit eines Wertpapiers nicht zu seinen Eigenschaften im Sinn des § 119 BGB. (JW. 06, 378[6]; RG. 59, 240; näheres zu § 381). Wertpapiere müssen auch börsenmäßig lieferbar sein (RG. 4, 196). Über die Konkretisierung von Gattungsware Exk. vor § 373 und Exk. zu § 382.

2. **Die Vorschrift ist eine Dispositivvorschrift.** Der frühere Art. 335 hatte dies zum deutlichen Ausdruck gebracht. („Ist im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Ware nichts Näheres bestimmt.") Nach D. 200 sollte die frühere Vorschrift sachlich nicht geändert, sondern einfach beibehalten werden. („Dieser Satz ist beizubehalten.") Anm. 2.

Demgemäß gilt die Vorschrift nur dann, wenn nichts Abweichendes vertraglich bestimmt ist, sei es ausdrücklich oder stillschweigend. Auch durch eine abweichende Verkehrssitte wird die Vorschrift außer Kraft gesetzt (§ 242 BGB.; Erl. zu § 346 BGB.).

Was die ausdrückliche Abrede betrifft, so ist wohl zu unterscheiden zwischen wirklichen Zusicherungen und vagen Anpreisungen und offenbaren Übertreibungen (ROHG. 4, 161), z. B. „Das Beste, was es überhaupt gibt" (hierüber § 377). Die stillschweigende Abrede anlangend, so ist oft der Preis für die Qualität maßgebend (ROHG. 11, 438). So können bei billigen Massenartikeln nicht immer ausschließlich tadellose Stücke beansprucht werden (JW. 00, 856[13]). Daß auch die Verkehrssitte maßgebend ist, folgt aus allgemeinen Grundsätzen (§ 242 BGB.; Bolze 16 Nr. 415). Maßgebend ist die Verkehrssitte am Orte der Erfüllung (Bolze 16 Nr. 246). In Betracht kommt hier insbesondere die Klausel tel quel oder „die Ware falle, wie sie falle", sowie die Klausel „wie zu besehen" oder „wie besehen". Anm. 3.

Die Klausel tel quel, die vornehmlich im überseeischen Handel in Übung ist, hat einen aleatorischen Charakter, weil der Verkäufer regelmäßig vor dem Verkauf der Ware die nicht immer zuverlässigen Angaben der überseeischen Verlader über die abgeladene Qualität nicht nachprüfen kann und sich daher gegen alle damit zusammenhängenden Mängel sichern will (JW. 02, 398[33]). Man wird daher für den überseeischen Handel davon auszugehen haben (Schlodtmann ZHR. 34, 353; Boden ZHR. 51, 366), daß die Klausel nur solche Mängel deckt, die dem Produktionsland typisch sind, z. B. Abladung zu feuchter, nicht gehörig sortierter, unreifer, schlecht behandelter oder schlecht verpackter Ware. In diesen Grenzen deckt die Klausel nicht nur einigen Verderb und geringere Beschädigungen, wie RG. 19, 31 annahm, sondern auch erheblichen Verderb und erhebliche Beschädigung; nur darf die Ware nicht gänzlich unbrauchbar und verdorben sein; sie muß noch als Handelsgut nach den in dem Handelszweig herrschenden Anschauungen passieren können (so auch die ältere HansRspr. HambGerZtg. 74 Hptbl. Nr. 127, 212; 78 Nr. 117; 79 Nr. 42, 166; 81 Nr. 54; 94 Nr. 92; 95 Nr. 96; Abraham, Die HansRspr. 1, 192; Zander in Gruch. 49, 580). Die Klausel deckt arglistige Täuschung nicht, noch auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften; es muß sogar der Verkäufer ihm bekannte erhebliche Umstände hinsichtlich der Qualität der Ware, z. B. hinsichtlich der vor der Abladung stattgehabten Landbeschädigung, mitteilen (Bolze 19 Nr. 540). Konnte der Käufer auf die vorhandenen Mängel nicht rechnen, z. B. Seebeschädigung, Rattenfraß, die nicht auf dem Landtransport im Produktionsland entstanden sind, so schützt die Klausel nicht. Anm. 4.

Die Klausel „wie zu besehen" oder „wie besehen" schließt die Haftung nur für solche Mängel aus, die bei ordnungsmäßiger Besichtigung erkannt werden konnten; gleichviel, ob der Käufer die Ware wirklich gesehen hat oder nicht (JW. 06, 549[17]); sie schützt also nicht gegen verborgene Fehler; der Verkäufer muß sogar ihm bekannte wesentliche Mängel dem Anm. 5.

Digitized by Google

§ 360. Käufer anzeigen (RG. 31, 162; Schultz bei Gruch. 40, 245; § 476 BGB.). Die Klausel kann aber auch besagen, daß gerade darüber, ob die zugesicherten Eigenschaften vorhanden sind, der Besicht entscheiden soll, und somit für das erkennbare Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften nicht gehaftet wird (RG. 9, 111). Diese Klauseln haben also, sprachlich richtig ausgedrückt, den Sinn eines Kaufs „nach Besicht" im Gegensatz zum Kauf auf Besicht oder auf Probe, der in § 495 BGB. behandelt ist. Denn es steht ein Kauf über eine dem Käufer vor Kaufabschluß zugängliche Ware hier in Frage. Die Klauseln „Empfang erklärt", „Besicht erklärt", „besehen und akzeptiert", „vue et agrée" schließen trotz ihrer bestimmten Fassung die Haftung nur für erkennbare Fehler aus (SeuffA. 40 Nr. 299; 50 Nr. 24; Zander in Gruch. 49, 579, vgl. JW. 06, 549[17]).

Anm. 6. 3. **Mangels abweichender Abrede oder Handelssitte ist Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern.** Gute Beschaffenheit ist mehr als mittelgut (OLG. Karlsruhe BadRpr. 02, 159). Es ist zunächst Handelsgut zu liefern, d. h. nicht nur Ware überhaupt, sondern solche, wie sie im redlichen Handelsverkehr allgemein gegeben und genommen wird (Goldschmidt 550). So ist z. B. die Lieferung von bestellten Kerzenlichtern nur dann Handelsgut, wenn sie in Pfunden verpackt sind (KB. 115, wo betont ist, daß die Verpackung hierbei eine Rolle spielen kann); Samen muß keimfähig sein (JW. 89, 289[22]) und zwar auch dann, wenn der Samen einer bestimmten Produktionsstelle Gegenstand des Kaufs war (RG. 13, 23); Roßhäute müssen vergerbbar sein (ROHG. 10, 351). Die mittlere Art und Güte bezieht sich nicht auf die Frage nach der Sorte. Bestehen von einer Ware mehrere Sorten, so muß die bestellte Sorte geliefert werden. Der Paragraph kommt nur dann in Frage, wenn in der bedungenen Gattung geliefert wurde, und nur innerhalb der Gattung die Qualität streitig ist (ROHG. 15, 415). Über mittlere Art und Güte entscheiden besonders die Handelsgebräuche am Orte der Erfüllung Bolze 16 Nr. 246). Auch im Falle üblicher Beimischung fremder Bestandteile kann das Vorhandensein mittlerer Art und Güte angenommen werden (ROHG. 24, 234).

Anm. 7. 4. **Die Vorschrift bezieht sich auf alle Handelsgeschäfte,** wird aber naturgemäß beim Kauf am meisten praktisch. Sie gilt auch für den Kauf zur Probe (Bolze 9 Nr. 388). Bei mehreren Sendungen bezieht sie sich auf jede von ihnen (RG. 3, 101). Die Vorschrift bezieht sich ferner zunächst auf den Gattungskauf, wie ihr Text ergibt, beim Spezieskauf aber greift unter Umständen entsprechende Anwendung Platz, z. B. wenn eine Besichtigung der Ware gar nicht oder nur in oberflächlicher Weise stattgefunden hat (ROHG. 4, 36; 25, 235; Puchelt Anm. 8 zu Art. 335).

Anm. 8. 5. **Welche Folgen es hat, wenn die gelieferte Ware nicht die vertragsmäßige oder gesetzliche Qualität hat,** ist vom HGB. nicht bestimmt, richtet sich vielmehr nach dem BGB. (Erl. zu § 377). Von Bedeutung ist hier die Arbitrageklausel (Exk. vor § 373).

Anm. 9. 6. **Über die Beweislast,** wenn streitig ist, welche Qualität vereinbart ist, gilt folgendes: Der vorliegende Paragraph stellt eine gesetzliche Dispositivregel auf, wonach Gattungsschulden durch Lieferung von Waren mittlerer Art und Güte zu erfüllen sind. Der Verkäufer hat die vertragsmäßige Beschaffenheit der Ware, also auch zu beweisen, daß er Ware von mittlerer Art und Güte liefern darf. Behauptet der Käufer eine besondere Qualitätszusage, so verneint er lediglich den Klagegrund, übernimmt aber nicht die Beweislast (ROHG. 3, 249 und 346; 13, 213 ff.; 15, 25 und 270; SeuffA. 26 Nr. 185; Betzinger, Beweislast 166; RosenbergA. ziv. Pr. 94, 127; dagegen 6./7. Aufl.; Naumann-Kottbus im Recht 03, 39; Martinius DJZ. 03, 147). Nur dann ändert sich die Lage, wenn es sich um den schwer zu beschaffenden Beweis des ausländischen Ursprungs der Ware handelt. Hat hier der Verkäufer dargetan, daß die Ware die vereinbarte Herkunft haben kann, so hat Käufer den Gegenbeweis zu führen (RG. 47, 124). Die Beweislast kehrt sich ferner um, wenn der Käufer die Ware als Erfüllung angenommen oder dem Verkäufer die Beweisführung unmöglich gemacht hat (§ 377).

Über die Beweislast, daß die gelieferte Sache die vertragsmäßigen Eigenschaften hat, Erl. zu § 377.

Digitized by Google

§ 361.

Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen, die an dem Orte gelten, wo der Vertrag erfüllt werden soll, sind im Zweifel als die vertragsmäßigen zu betrachten. § 361.

Lit.: Warnack, Die Entwicklung des deutschen Banknotenwesens, 05; Finger, Über das Verhältnis der internat. Union z. DHGB. u. BGB., ElsLothrZ. 30, 103; Die Goldklausel u. ihre Eintragbarkeit, Oertmann DJZ. 04, 334; Lesse daselbst 04, 731.

Der Paragraph trifft eine Auslegungsregel über Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernung.

1. **Zunächst gilt die Bestimmung des Vertrages,** die, wenn nicht ausdrücklich erklärt, nach §§ 157 u. 242 BGB. zu ermitteln ist. So hat das ROHG. angenommen, daß in Österreich im allgemeinen anzunehmen ist, daß Zahlung in Papiergeld gemeint ist, daß aber gegebenenfalls, wenn Preußen einen in Österreich zu erfüllenden Vertrag schließen, Zahlung in Metallgeld gemeint ist (ROHG. 6, 87). Auch die bekannten Kuponprozesse sind auf Grund der Auslegung der Vertrages zugunsten der Gläubiger entschieden worden. Verschiedene österreichische Industrieaktiengesellschaften hatten nämlich vor Erlassung des deutschen Münzgesetzes Papiere ausgegeben, in welchen Zahlungsorte nach Wahl des Inhabers in Österreich und Deutschland bestimmt wurden, mit der Maßgabe, daß an letzteren Orten die Zahlung in Talern oder süddeutschen Gulden erfolgt. Nach der ständigen Rechtsprechung der beiden Reichsgerichte haben diese Klauseln zur Folge, daß der Betrag der Schuld nach dem jetzigen deutschen Münzsystem zu berechnen ist, daß also die Verurteilung der österreichischen Emittenten zur Zahlung in Gold gerechtfertigt ist. Die Gerichte haben dabei erwogen, daß das Recht des Erfüllungsorts jedenfalls dann maßgebend ist, wenn der Erfüllungsort gerade in Rücksicht auf die daselbst herrschenden Verhältnisse und besonders um dem Gläubiger einen wirtschaftlichen Wert von einer bestimmten Geltung an diesen Orten zu gewähren, bestimmt bzw. zur Wahl gestellt ist (RG. 1, 23; 6, 125; 19, 47; RG. SächsA. 3, 734; ROHG. 23, 205; 25, 41; so auch Dernburg II 1 § 15; dagegen ZHR. 27, 512; 28, 283; Bekker, Über die Kuponsprozesse der österr. Eisenbahngef. usw., 1881; gegen ihn Hartmann, ACivPrax. 65, 147; und gegen Hartmann Zitelmann, Internat. Privatrecht II 397). Vorbehaltlose Annahme der Zahlung in österreichischer Währung beseitigt aber jeden Mehranspruch (RG. Puchelt Anm. 4 zu Art. 336), ebenso vorbehaltlose Annahme der veränderten Zinskupons gegen die Talons (RG. 14, 154). Durch Gesetz vom 2. August 1892 ist Österreich-Ungarn zur Goldwährung mit der Krone als Rechnungseinheit übergegangen. Doch benimmt dies der grundsätzlichen Bedeutung obiger Sätze nichts. Anm. 1.

2. **Eventuell gilt das Recht des Erfüllungsorts.** Über den Erfüllungsort vgl. den Exk. zu § 372. Unter Zeitrechnung versteht man die Verschiedenheit der Berechnung nach dem alten und neuen Stil (Beispiel: ROHG. 15, 242) und auch die Berücksichtigung der Zeitdifferenz (Ortszeit, mitteleuropäische Zeit usw.). Entfernungen sind die Bestimmungen über Meilen, Stunden u. dgl., nach welchen mitunter bei Frachtgeschäften die Fracht berechnet wird (P. 590). Wert = Geldkurs. Soll nicht der Geldkurs, sondern der Wechselkurs maßgebend sein, so müssen dies die Parteien vereinbaren. Die Vertragsklausel: „freight payable at current exchange" hat diese Bedeutung (LG. Oldenburg ZHR. 38, 195). Ein in ausländischer Münze zu übermachender Kaufpreis ist in dieser ausländischen Münze zuzusprechen (ROHG. 15, 330). Anm. 2.

Zusatz. Ergänzend finden hier die §§ 244 und 245 BGB. Anwendung, welche an die Stelle des früheren Art. 336 Abs. 2 HGB. getreten sind. Dieselben lauten: Anm. 3.

> § 244. Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn, daß Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist.

Digitized by Google

§ 361. Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswerthe, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist.

§ 245. Ist eine Geldschuld in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlaufe befindet, so ist die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre.

Anm. 4. 1. Beide Vorschriften beziehen sich nur auf die Summenschuld, nicht auf den Fall, wo Geld als Spezies geschuldet wird, z. B. bei Leihe, Verwahrung, Fracht; auch nicht auf die Sortenschuld, die auf ein bestimmtes genus, z. B. Siegestaler, gerichtet ist. In letzterer Hinsicht greift § 243 BGB. Platz.

Anm. 5. 2. Der **§ 244 BGB.** bezieht sich nicht auf den Fall, wo eine im Inlande zahlbare Geldschuld in Reichswährung ausgedrückt ist. Daß diese in Reichsmünzen zum Nennwerte zu bezahlen ist, ergibt sich aus dem Münzgesetze vom 9. Juli 1873, insbesondere aus Art. 14 § 1. Papiergeld und Reichskassenscheine (diese im Privatverkehr) brauchen nicht in Zahlung genommen zu werden (Ges. v. 30. April 1874 § 5; Bankges. v. 14. März 1875 § 2); allein nach heutigen Begriffen fallen Banknoten und Reichskassenscheine als allgemeine Umsatzmittel doch unter den Begriff baren Geldes (JW. 03, 32[40]). Damit ist das RG. von seiner Auffassung (RG. 22, 267), wonach Reichsbanknoten kein Geld, sondern nur Inhaberpapiere sein sollen, abgegangen, und hat sich den Ausführungen R. Kochs (Geld und Wertpapiere in Bekker-Fischer, Beiträge zur Erläuterung des Entwurfs eines BGB., Heft 4, 9/10) und damit der modernen Anschauung genähert. Es ist danach Auslegungssache, was im einzelnen Falle unter Geld zu verstehen ist, d. h., ob auch andere als Geld zirkulierende Umlaufsmittel als Geld anzusehen sind (Dernburg II 1 § 13 III; vgl. auch RG. 43, 356; JW. 03, 32[41]). Der Paragraph bezieht sich nicht auf die Frage, in welcher Art eine im Auslande zahlbare Geldschuld zu erfüllen ist. Dies bestimmt sich nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts (Währung am Orte der Erfüllung).

Anm. 6. Der § 244 enthält vielmehr nur eine Dispositivvorschrift für den Fall, daß eine im Inlande zahlbare Geldschuld in ausländischer Währung ausgedrückt ist. Die Zahlung soll trotzdem in Reichswährung erfolgen können, d. h. der Schuldner darf sie so leisten, der Gläubiger muß sie auch in ausländischer Währung annehmen. Nur dann darf der Schuldner sie nicht in Reichswährung leisten, wenn die Zahlung in ausländischer Währung „ausdrücklich" bedungen ist (vgl. RG. 19, 47). Es bedeutet das aber nichts anderes, als daß dies besonders zum Ausdruck gebracht sein muß, gleichviel, durch welches Mittel. Eine nur durch Auslegungsregel gewonnene Auslegung kann als ausdrückliche Willenserklärung niemals aufgefaßt werden, es sei denn, daß diese Auslegungsregel sich darauf bezieht, ob die betreffenden Tatsachen als ausdrückliche Erklärung zu betrachten sind (s. Art. 37 WO.).

Der für den Kurswert maßgebende Zahlungsort bestimmt sich nach § 269 BGB. (Erl. zu § 372).

Anm. 7. 3. Der **§ 245 BGB.** enthält eine Ausnahme von § 275 BGB. Denn wenn die vereinbarte Münzsorte nicht mehr vorhanden ist, so ist die Erfüllung unmöglich, und der Schuldner würde nach § 275 BGB. von seiner Verpflichtung befreit werden. Der Paragraph findet nur dann Anwendung, wenn die Münze überhaupt nicht mehr im Umlaufe ist. Daß sie am Zahlungsorte nicht mehr im Umlaufe ist, genügt nicht. Für diesen Fall gibt das BGB. keine Bestimmung. Die Entscheidung erfolgt nach Maßgabe des § 244 BGB. (oben Anm. 5 u. 6; vgl. Art. 37 WO.).

Auch darauf bezieht sich § 245 nicht, wie es zu halten sei, wenn Zwangskurs gilt. Solche Vorschriften haben öffentlich-rechtliche Bedeutung und bewirken, daß auch, wenn ausdrücklich effektiv Metallgeld vereinbart ist, doch Papiergeld genommen werden muß (vgl. die österreichische Rechtsprechung bei Borchardt, Komm. z. Wechselordnung, 8. Aufl. Zus. 459).

Digitized by Google

Exkurs zu § 361.

Exk. zu § 361.

Das Zustandekommen des Vertrages. Offerte und Annahme.

Lit.: Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, SächsA. 15, 165; Hölder, Zur Theorie der Willenserklärung, 05; Koppers, Willenserklärungen mittels Fernsprechers, DJZ. 01, 112, Frankenburger DJZ. 04, 844, u. Sames DJZ. 04, 1179; Rathenau, Der Zugang der Willenserklärung bei Abholung von Postsendungen, DJZ. 02, 147; Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens usw., IheringsJ. 47, 379; Kummer, Die Annahme eines Vertragsantrags, 03; Löhn, Das Vertragsangebot, 99.

I. Vorbemerkung.

Anm. 1.

Das alte HGB. hatte diese Lehre in den Art. 318—323 ausführlich behandelt. Diese Vorschriften hatten sich aber derartig bewährt, daß sie im großen und ganzen in das BGB. aufgenommen wurden. Sie sind in den §§ 145—150, 663 BGB. wiedergegeben, wenn auch mit einigen Abänderungen. Gleichzeitig sind einige neue Bestimmungen zur Ergänzung der Lehre hinzugefügt worden, und außerdem hat das jetzige HGB. die Bestimmungen für das Handelsrecht erweitert durch den § 362 HGB.

Die Lehre vom Zustandekommen des Vertrages, von der Offerte und Annahme wird deshalb hier gegeben an der Hand der §§ 145—155 BGB. Alsdann wird der § 362 HGB. und im Anschluß an ihn der § 663 BGB. erläutert werden.

II. Die Erläuterung der §§ 145—155 BGB.

Anm. 2.

A. § 145 BGB.

Wer einem Anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.

Der vorliegende Paragraph spricht die allgemeine Regel aus, daß, wer einem andern einen Antrag zur Schließung eines Vertrages macht, an den Antrag gebunden ist. Die Offerte hat also verbindliche Kraft. Die Regel widerspricht dem gemeinen Recht, stimmt aber überein mit Art. 319 des alten HGB. und §§ 90 ff., I, 5 ALR.

I. Voraussetzung ist, daß jemand einem andern die Schließung eines Vertrages anträgt, also ein wirksamer Antrag. Was gehört nun zu einem wirksamen Antrage? Der Antrag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, muß also in der Weise gemacht sein, wie empfangsbedürftige Willenserklärungen überhaupt abgegeben werden, damit sie wirksam sind; und ferner muß er inhaltlich bestimmt und geeignet sein, angenommen zu werden und dadurch zum Vertragsabschlusse zu führen.

Anm. 3.

1. Der Antrag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Es ist dabei zu unterscheiden, ob die Erklärung unter Anwesenden oder einem Abwesenden gegenüber abzugeben ist:

Anm. 4.

a) Ist der andere Teil anwesend, und wird die Erklärung mündlich abgegeben, so muß sie von ihm vernommen oder mindestens ihm so zugänglich gemacht werden, daß er den Antrag vernehmen konnte und ihn nur infolge seines bösen Willens nicht vernommen hat (Planck § 130 Anm. 2; JW. 01, 866). Das Gesetz selbst schweigt über Erklärungen unter Anwesenden. Wird der Antrag unter Anwesenden schriftlich abgegeben, so ist er erst abgegeben und wird erst wirksam durch Überreichung der Antragsurkunde, so daß der Antragsempfänger die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Urkunde erlangt hat. Denn solange dies nicht geschehen ist, kann der Antrag immer noch zurückgenommen werden. Da, wo der Antrag (wie bei der Bürgschaftserklärung § 349 Anm. 2 u. 4) Schriftform haben muß, ist dies ohne weiteres klar (RG. 61, 415). Ist keine Schriftform erforderlich, so ergibt sich das gleiche unzweifelhaft als Parteiwillen (vgl. JW. 05, 488[9]). Das bloße Vorzeigen der Schriftstücke reicht also nicht hin. Daß der Adressat von dem Inhalt des so entgegengenommenen Schriftstücks auch Kenntnis genommen habe, ist nicht erforderlich, wenn er weiß, daß es eine rechtsverbindliche, für ihn bestimmte Erklärung des andern Teils enthält. Über den durch Fernsprecher und Fernbrucker gemachten Antrag s. unten Anm. 24.

Digitized by Google

Exk. zu § 361. Anm. 5.

b) Ist der andere Teil abwesend, so muß der Antrag dem anderen Teil zugehen. Dies bestimmt § 130 BGB. für alle empfangsbedürftigen Willenserklärungen; deshalb brauchte es für den Antrag nicht noch besonders gesagt zu werden.

α) Zugegangen ist die schriftliche Willenserklärung nicht nur dann, wenn sie zur Kenntnis des andern Teils gelangt. Es genügt vielmehr, daß „der, für den die Willenserklärung bestimmt ist, in die Lage versetzt wurde, daß er unter regelmäßigen Verhältnissen von der Willenserklärung sich Kenntnis verschaffen konnte" (Planck § 130 Anm. 1; RG. 61, 127). Danach reicht zwar nicht die Aufgabe zur Post oder die Übergabe des Schriftstücks an den Boten des Absenders hin; wohl gilt aber die schriftliche Erklärung als zugegangen, wenn das Schriftstück auf verkehrsübliche Weise in den Gewahrsam des Adressaten oder eines andern gelangt ist, der ihn in der Empfangnahme von Briefen vertreten konnte (RG. 50, 194). Krankheit und Abwesenheit des Adressaten kommen nicht in Betracht. Bei Briefen und Telegrammen genügt der Einwurf in den Postbriefkasten des Adressaten (RG. 56, 263; 58, 407). Wird der Brief nach Schluß der Geschäftszeit in den Briefkasten geworfen, so gilt dies nicht als eine an demselben Tag erfolgte Benachrichtigung des Kontorinhabers, wenn er nicht etwa an demselben Tag noch Kenntnis genommen hat (OLG. Hamburg ZHR. 35, 267). Ein eingeschriebener Brief ist nicht etwa deshalb zugegangen, weil der Adressat, Angestellter eines Geschäftsherrn, in den Geschäftsräumen des letzteren von dem Postboten nicht angetroffen wurde, daselbst auch keinen Bevollmächtigten hatte; denn der Bestellungsort ist hier die Wohnung und nicht der fremde Geschäftsraum (vgl. RG. 56, 262; JW. 04, 53[4]). Im übrigen genügt es, wenn die briefliche Erklärung dem Adressaten oder einer Person, die zum Empfang von Briefen üblicherweise Vollmacht hat, übergeben wird; als solche Personen sind Familienangehörige, Dienstboten und, wenn solche nicht vorhanden sind, Hausgenossen zu erachten; nicht aber jugendliche Kinder oder sonstige Personen, denen das Bestellen von Briefen nicht anvertraut werden darf (RG. 50, 195; JW. 04, 53[4]). Man kann nicht, wenn nicht ganz besondere Umstände vorliegen (unten Anm. 10), noch weiter gehen und die Offerte schon dann als zugegangen ansehen, wenn der andere Teil durch eigene Schuld den Brief nicht empfangen hat, z. B. weil er die Annahme verweigerte, oder weil er verreist war, ohne an der verschlossenen Wohnung einen Briefeinwurf anzubringen. Wenn in § 66 Anm. 9 für den Kündigungsfall von anderen Erwägungen ausgegangen ist, so lag der Grund darin, daß es sich dort um ein Vertragsverhältnis handelte (vgl. unten Anm. 9).

Anm. 6.

Bei Benutzung von Schließfächern entscheidet über das Zugehen der Zeitpunkt, von dem an der in das Schließfach eingelegte Brief während der gewöhnlichen Geschäftsstunden zur Entnahme bereit lag (vgl. Sächs. OVG. 3, 132; Titze 406). Denn im kaufmännischen Verkehr verlangt Treu und Glauben ganz allgemein, und nicht nur in Vertragsverhältnissen, von einem Geschäftsmann gehörige Maßregeln, daß die ihm postordnungsmäßig gemachten Briefbestellungen nicht nur überhaupt in seine Hände gelangen, sondern noch weiter, daß dies auch rechtzeitig geschehen kann (vgl. JW. 06, 481[47]). Derselbe Grundsatz muß Anwendung finden, wenn ein Geschäftsmann ein für allemal seine Briefe selbst abholt oder Postvollmacht zwecks Abholung seiner Postsachen erteilt (vgl. RG. 29, 215; 35, 326); Briefe sind daher in letzterem Falle in dem Augenblick zugegangen, in dem bei gewöhnlichem Geschäftsbetrieb die Briefe bei der Post abgeholt werden konnten (LG. Mainz, Hess. Rspr. 3, 163; Rathenau DJZ. 02, 147).

Anm. 7.

Nur ausnahmsweise ist wirkliche Aushändigung für den Zugang zu fordern; diese Ausnahme trifft zu, wenn eine Sendung postlagernd geschickt ist, oder der Empfänger sich in einer mit einer gewissen Zwangsordnung ausgestatteten Anstalt befindet; hierher gehören Kasernen, Krankenhäuser, Gefängnisse (vgl. Titze 443).

Anm. 8.

β) Ist der Vertragsantrag einem in der Wohnung des Gegners anwesenden Hausgenossen als Mittelsperson mündlich gemacht, so genügt die Hausgenossenschaft noch nicht zum Begriff des Zugehens, wie dies bei Übergabe einer brieflichen Erklärung nach Anm. 5 der

Digitized by Google

Fall ist. Es muß vielmehr diese Mittelsperson auch die zu einer richtigen mündlichen Bestellung erforderlichen geistigen Fähigkeiten besitzen, wie dies vorbehaltlich des Gegenbeweises bei erwachsenen Hausgenossen regelmäßig unterstellt werden darf. Hat danach eine richtige Übermittlung der mündlichen Erklärung stattgefunden, so ist die Erklärung dem Gegner im Augenblick der Abgabe dieser Erklärung an die Mittelsperson zugegangen. Denn bei richtiger Willensübermittlung mündlicher Erklärungen verhält sich dann die Sache gerade so, wie wenn der Willensübermittler eine briefliche Erklärung zur Bestellung erhalten hätte. Wird also die Ablehnung eines Antrags oder ein Gegenantrag einem Hausgenossen des Antragenden zur Mitteilung an diesen erklärt, so ist der Antrag in diesem Augenblick endgültig abgelehnt. Ein später zugehender Brief, der eine Annahmeerklärung enthält, kommt nicht mehr in Betracht (RG. 60, 334; JW. 05, 317[3]). Die hiergegen gerichtete Kritik Hellwigs (JW. 05, 356) trifft nicht zu, weil die Entscheidung (RG. 60, 334) auf der Tatsache richtiger Willensübermittlung beruht. Über das Zugehen beim Abschluß durch Bevollmächtigte und die Unterscheidung der letzteren von Boten unten Anm. 31, 32. Erk. zu § 361.

γ) Die **Verhinderung des Zugehens** einer Willenserklärung **durch den Adressaten** selbst z. B. durch Annahmeverweigerung, Abreise ohne Vorsorge für Briefbestellungen usw. (oben Anm. 5) eröffnet an sich nur den Weg der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher oder der öffentlichen Zustellung (§ 132 Abs. 1 BGB.). Auch mehrfache vergebliche Briefbestellungsversuche berechtigen noch nicht zur Annahme einer fingierten Zustellung. War aber für das Zugehen eine bestimmte Frist oder Form gesetzlich oder vertraglich notwendig, und hat sich der zum Empfang der Erklärung Verpflichtete der Beobachtung dieser Vorschriften arglistig entzogen, so daß der Gegner ihnen nicht nachkommen konnte, und eine Zustellung nach § 132 BGB. nicht tunlich war, so ist die Rechtzeitigkeit des Zugehens und die gehörige Form zu fingieren (RG. 58, 408; JW. 04, 337[4]). Dem Einwand der Verspätung oder der Formlosigkeit steht alsdann die exc. doli entgegen (vgl. § 346 Anm. 19). Derselbe Grundsatz gilt aber nicht nur im Falle arglistigen Verhaltens, sondern überhaupt dann, wenn die Verspätung des Zugehens einer Willenserklärung in einem Verschulden des Adressaten ihren Grund hat; vorausgesetzt, daß ein Verschulden innerhalb von Vertragsverhältnissen oder ein Verschulden im Sinne eines Verstoßes gegen Treu und Glauben vorliegt (RG. 58, 409). Es können daher die Umstände des einzelnen Falles so liegen, daß ein Kaufmann die ihm obliegende Sorgfalt verletzt, wenn er nicht Sorge trägt, daß ihn geschäftliche Nachrichten rechtzeitig antreffen (JW. 91, 355[14]). So kann man von einem größeren Kaufmann, der regelmäßiger Börsenbesucher ist, Vorkehrungen verlangen, daß ihm Erklärungen, die in seinem Geschäfte einlaufen, rechtzeitig vor Börsenbeginn zugehen (RG. 61, 127). Muß der Adressat damit rechnen, daß ihm demnächst auf seinen Vertragsantrag eine briefliche Erklärung des Vertragsgegners zugehen wird, so kann er nicht, nachdem bei ihm mehrfache, an sich rechtzeitige vergebliche Bestellungsversuche gemacht worden sind, Verspätung vorschützen (JW. 04, 481). Anm. 9.

δ) **Hat der Absender vorsätzlich verursacht**, daß der Empfänger der bereits zugegangenen Offerte von deren Inhalt keine Kenntnis nehmen konnte, z. B. durch mittels arglistiger Täuschung, also mittels Betrugs, bewirkte Rückgabe des Offertbriefes, so macht sich der Absender wegen unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB. für den Schaden haftbar (s. RG. 50, 195). Gegen eine arglistige Verhinderung anderer Art, die sich nicht als Betrug charakterisiert, ist § 826 BGB. gegeben, wenn gegen die guten Sitten verstoßen ist. In RG. 50, 195 ist der Satz aufgestellt, der Absender dürfe selbst *fahrlässig* nicht verursachen, daß der Empfänger des Vertragsantrags von seiner rechtlichen Annahmebefugnis keinen Gebrauch mache, weil sonst eine unerlaubte Handlung nach § 823 BGB. vorliege. Allein nach Sprachgebrauch und System des BGB. gehört der Antrag nicht zu den Schuldverhältnissen; er stellt nicht einmal ein bedingtes Vermögensrecht für den Antragsempfänger dar, gehört also nicht zu den sonstigen Rechten, die Abs. 1 des § 823 BGB. schützt. Um Verletzung des den Schutz eines Anderen bezweckenden Gesetzes handelt es sich in diesem Falle aber nicht. Anm. 9a.

Digitized by Google

Exk. zu § 361. 2. **Die Erklärung muß dazu bestimmt und geeignet sein, angenommen zu werden,** um dadurch zum Vertragsabschlusse zu führen. Wann dies der Fall ist, kann nur im Einzelfalle gesagt

Anm. 10. werden.

Sie ist dazu nicht bestimmt, wenn sie eine bloße Anfrage ist zum Zwecke der Aufklärung. Fragt man z. B. den Verkäufer, wie hoch er das Pfund Zucker berechnen würde, und antwortet der Verkäufer, so ist zunächst noch kein Vertrag zustandegekommen. Weder jene Frage, noch diese Antwort waren Anträge. Bestellt der Anfragende jetzt, so ist dies die Offerte, auch wenn dabei jene Antwort „Offerte" genannt wurde.

Anm. 11. Die Erklärung des Antragenden ist nicht geeignet, angenommen zu werden, wenn sie weder in sich selbst, noch in Verbindung mit sonstigen Umständen so bestimmt ist, daß sofortige Annahme erfolgen kann. Sie braucht nicht in sich selbst diese Bestimmtheit zu haben. Sie braucht nicht etwa in sich selbst alle wesentlichen Punkte der zu treffenden Vereinbarung, oder gar alle Punkte derselben zu enthalten (wie Planck § 145 Anm. 1 sagt), wenn nur aus ihr in Verbindung mit sonstigen Umständen hervorgeht, über welche Punkte die zu treffende Vereinbarung lauten soll. Wenn z. B. jemand beim Hotelwirt ein Zimmer mit einem Bette bestellt, so enthält der Vertragsantrag nichts von dem Preise. Gleichwohl ist die Offerte geeignet, angenommen zu werden. Denn der fehlende Preis wird durch die Preise, die der Wirt in anderen Fällen verlangt, ergänzt. Kommt durch den Wechsel mehrerer Briefe oder Telegramme ein Vertrag zustande, so wird der schließliche Antrag, dessen Annahme zum Vertrage geführt hat, wohl selten in sich selbst alle Punkte der zu treffenden Vereinbarung enthalten, wohl aber die erforderliche Bestimmtheit durch den Zusammenhalt der ganzen Korrespondenz sich ergeben und so die fehlende Bestimmtheit des letzten Antrages durch die vorhergehenden Briefe seine genügende Ergänzung finden. Z. B.: A. fragt, ob B. ihm 100 Pfund Zucker zum Preise von 1 Mk. das Pfund ablassen möchte. In diesem Falle bestelle er 100 Pfund. B. antwortet, daß er unbedingt 1 Mk. 20 Pfg. verlangen müsse. A. antwortet, daß er höchstens 1 Mk. 10 Pfg. gebe, in diesem Falle aber Frankosendung verlangen müsse. Hierauf depeschiert B.: Legen Sie 5 Pfg. zu, Drahtantwort. A. telegraphiert: Abgemacht. Hier stellt sich die Depesche als der eigentliche Vertragsantrag, der zum Vertragsabschlusse geführt hat, dar. Er enthält zwar in sich selbst gar keine Bestimmtheit, ist aber gleichwohl ein genügender Vertragsantrag, weil er durch die vorangehende Korrespondenz genügende Bestimmtheit und Deutlichkeit erhält.

Anm. 12. Die Offerte muß, um annahmefähig zu sein, so beschaffen sein, daß der andere Teil sofort annehmen kann. Es ist zwar nicht nötig, daß der andere Teil ein einfaches „Ja" sagen kann; es kann ihm auch eine Wahl gelassen werden (Planck Anm. 1 § 145 BGB.), z. B. zu beziehen oder zu liefern [Optionsrecht]). Aber mindestens dies muß erfordert werden. Daher ist die Erklärung „wenn es Ihnen paßt, kann ich Ihnen die Forderung abtreten" kein Vertragsantrag, sondern nur eine der Erörterung bedürftige unverbindliche Erklärung (RG. in BadRpr. 04, 10). Übliche Wendungen bindender Art liegen in der Erklärung: „Ich stelle Ihnen fest an, gebe Ihnen zum Verkauf an die Hand" (ROHG. 7, 178); „Ich bitte für mich in Nota zu nehmen" (Hans. GerZ. 72 Hptbl. 99).

Anm. 13. Nicht erforderlich ist, daß die Offerte, um bestimmt und geeignet zu sein angenommen zu werden, an eine einzelne bestimmte Person oder auch nur an einzelne bestimmte Personen gerichtet ist. Allerdings muß dies regelmäßig der Fall sein. Im Gegensatz dazu sind die Anerbietungen, die dem Publikum gemacht werden, Offerten an jedermann, wie sie in Versendung von Preislisten, Katalogen, Annoncen liegen, regelmäßig nicht dazu bestimmt, unmittelbar angenommen zu werden und zum Vertragsabschlusse zu führen, sind vielmehr regelmäßig als Aufforderungen zu Offerten zu betrachten. Ein Kaufmann, der Preislisten in großer Menge versendet, tut dies nicht in der Absicht, daß jeder Adressat eine Annahmeerklärung abgibt — er würde sonst oft in Verlegenheit geraten —, sondern in der Absicht, zu Offerten einzuladen. Das entspricht der Verkehrsanschauung. Denn solche meist umfangreiche Kataloge werden oft gar nicht gelesen; deshalb ist eine solche all-

Digitized by Google

gemeine Offerte eben wegen ihrer Allgemeinheit kein bindender Antrag im Sinne des § 145 BGB. (OLG. Bamberg SeuffA. 60, 3); JW. 05, 76[10] (Einladung eines Elektrizitätswerks zum Anschluß an das Leitungsnetz unter Bekanntgabe der Bedingungen). Aber ausnahmsweise kann auch eine bindende Offerte an jedermann vorliegen, wie z. B. beim Automaten. Erk. zu § 361.

Wenn solche allgemeine Anerbietungen an das Publikum (Preislisten, Annoncen, Kataloge) auch nicht Offerten im Rechtssinne sind, so sind sie doch nicht rechtlich belanglos. Wird im Hinblick auf sie verhandelt und abgeschlossen, so sind sie zur Auslegung des Vertrags heranzuziehen. In der Regel muß hierbei angenommen werden, daß alles, was in jenen Anerbietungen versprochen ist, in den hierauf geführten Verhandlungen als fortgesetzt zugesichert betrachtet wird und geleistet werden muß (ROHG. 21, 195; Bolze 12 Nr. 452; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 860; vgl. RG. 28, 29; RG. 25, 174: veröffentlichte neue günstigere Versicherungsbedingungen für ältere, noch laufende Verträge; dazu JW. 00, 895[6]); andererseits aber muß auch der andere Teil alles gegen sich gelten lassen, was in jenen allgemeinen Anerbietungen (Preislisten, Katalogen usw.) enthalten ist. Doch hat letzteres auch seine Grenzen. Enthalten solche Kataloge ungewöhnliche Bestimmungen, die man in ihnen nicht gut vermuten kann, z. B. Abweichung vom gesetzlichen Erfüllungsorte, Unterwerfung unter einen besonderen Gerichtsstand oder gar Ausschluß des Rechtsweges, so kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß derjenige, der sich auf sie wegen des Preises und der Beschaffenheit der Ware bezieht, sich auch solch' ungewöhnlichen Bestimmungen unterwerfen wollte (vgl. Erk. zu § 372). Schwindelhafte, nicht ernstlich gemeinte Ankündigungen können vom Gesichtspunkt des § 826 BGB. aus Haftbarkeit für Auslagenersatz dem gegenüber begründen, der dadurch zu Auslagen verleitet wurde (Dernburg I § 130 III).

3. **Wo der Vertrag an eine Form geknüpft ist,** muß schon die Offerte, um bindend zu sein, der Formvorschrift genügen (§ 350 Anm. 20). Daß der Antrag und die Annahme selbständiger Beurkundung fähig sind — vorausgesetzt, daß Antrag und Annahme sich gegenseitig decken, also nicht an Vorbehalte geknüpft sind (RG. 52, 437) — geht aus § 128 BGB. hervor. Hier ist dies zwar nur von der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gesagt; aber damit ist die begriffliche Möglichkeit anerkannt. Bei der einseitigen Schriftlichkeit muß die Offerte desjenigen, dessen Erklärung schriftlich sein muß, schriftlich sein, bei der zweiseitigen Schriftlichkeit muß die Offerte schriftlich sein, von welchem Teile sie auch ausgeht, und die Offerte muß so beschaffen sein, daß sie in Verbindung mit der Annahme den Erfordernissen eines schriftlichen Vertrages nach § 126 BGB. entspricht. Es kann nicht mit Hölder (Anm. 1 zu § 145 BGB.) angenommen werden, daß vor der Vollendung der für die Willenseinigung bestimmten Form nicht nur kein Vertrag, sondern auch kein Antrag besteht. Mit uns über einstimmend offenbar Rehbein I 222 (näheres über die Formvorschriften in Erl. zu § 350). Anm. 14.

II. **Unter diesen Voraussetzungen ist der Antrag bindend,** d. h. der Antragende muß es sich gefallen lassen, daß der von ihm gestellte Antrag angenommen und dadurch der betreffende Vertrag perfekt wird. Will er dies verhüten, so muß er seinen Antrag dadurch unwirksam machen, daß er ihn durch eine Erklärung, welche vor oder gleichzeitig mit dem Antrage ankommt, zurückzieht (§ 130 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Es genügt auch hier, daß der Widerruf dem andern Teil zugeht; ob er davon Kenntnis erhält, ist nicht erheblich (oben Anm. 5 ff.). Gehen zwei Briefe, von denen der eine die Annahmeerklärung, der andere den Widerruf enthält, dem Antragenden gleichzeitig zu, so kommt es nicht darauf an, welchen Brief der Empfänger zuerst öffnet oder liest; es fehlt an einer bindenden Erklärung. Geht der Brief mit dem Widerruf aus irgend einem Grunde, z. B. wegen fehlerhafter Adresse, nach der Annahmeerklärung ein, so ist der Widerruf verspätet, sollte auch der Empfänger zuerst den später eingegangenen Widerruf gelesen haben. Dieselben Grundsätze gelten bei mündlichen Erklärungen an eine Mittelsperson, wenn diese Erklärungen dem Empfänger richtig bestellt worden sind; der Augenblick des Zugehens entscheidet nach § 130 BGB. (JW. 05, 317[2]; oben Anm. 5—8); wegen Widerrufs durch Fernsprecher s. unten Anm. 31; über Losverkäufe Anm. 15.

Digitized by Google

Exk. zu § 361. unten Anm. 22. Das spätestens gleichzeitige Eintreffen hat der zu beweisen, der die Rechtswirksamkeit des Widerrufs behauptet.

Anm. 16. Eine andere Ausnahme scheint der vorliegende Paragraph zu machen; er bestimmt, daß der Antrag dann nicht bindet, wenn der Antragende die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Allein das ist selbstverständlich. Ein Antrag ist nur dann bindend, nur dann ein Antrag im Sinne des Gesetzes, wenn er dazu bestimmt und geeignet ist, angenommen zu werden und dadurch den Vertragsabschluß herbeizuführen. Diese Eigenschaft verliert er, wenn er selbst die Erklärung enthält, daß der Antragende sich nicht binden will. Eine solche Erklärung liegt z. B. in den Ausdrücken „ohne Verbindlichkeit", „ohne Obligo" und liegt regelmäßig in dem Ausdruck „freibleibend" (§ 346 Anm. 17). Wenn man (Planck § 145 Anm. 3; Endemann I § 68 Anm. 19, 20; Goldmann-Lilienthal I § 46 Anm. 16; Düringer-Hachenburg II 79, aber alle wohl in Anlehnung an Prot. I 76) als Regel aufstellen will, daß der Antragsteller im Hinblick auf den Begriff der Gebundenheit auch bei vorbehaltenem Widerruf insofern gebunden sei, als die Annahmeerklärung ihn verpflichte, wenn sie vor Eintreffen des Widerrufs erfolgt sei, so kann dem nicht zugestimmt werden. Regelmäßig ist ein solcher Antrag dahin zu verstehen, daß der Vertrag erst dann zustande kommen soll, wenn der Antragsteller nach Eingang der Annahmeerklärung, die alsdann den Charakter einer Offerte hat, nicht widerruft, d. h. den Antrag ablehnt. Durch Beifügung des Widerrufvorbehalts will der Antragsteller sich die volle Handlungsfreiheit wahren (so auch ROHG. 14, 81; Dernburg I § 129 III; Rehbein BGB. I 210, der mit Recht von solchen Offerten sagt, sie seien keine Offerten).

Anm. 17. Die Erklärung, daß die Gebundenheit ausgeschlossen ist, kann in dem Antrage in der verschiedensten Weise zum Ausdruck gebracht sein. Üblich ist der Ausdruck freibleibend (vorige Anm. u. ROHG. 14, 81). Aber auch jeder andere Vorbehalt, und mag er auch einen Nebenpunkt betreffen, ist dazu ausreichend. Denn so lange der Antrag nicht (aus sich selbst oder in Verbindung mit sonstigen Umständen) alles, worüber die Vereinbarung lauten soll, derart enthält, daß er angenommen werden und dadurch unmittelbar zum Vertragsabschlusse führen kann, liegt kein bindender Antrag vor.

Anm. 18.

B. § 146 BGB.

Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird.

Die Schicksale des Antrages sind entweder Erlöschen oder Annahme.

1. **Das Erlöschen des Antrages.**

a) **Der Antrag erlischt in zwei Fällen:** entweder durch Ablehnung oder durch nicht rechtzeitige Annahme.

Anm 19. *α*) **Durch Ablehnung.** Auch dann, wenn die Frist zur Annahme noch nicht abgelaufen ist, erlischt der Antrag, wenn er abgelehnt wird. Die Ablehnung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie wird nur dadurch wirksam erklärt, daß sie dem andern Teil zugeht, verliert aber ihre Wirksamkeit, wenn sie durch eine vorher oder gleichzeitig eingehende Erklärung widerrufen wird (vgl. oben Anm. 15 u. 5 ff.).

Anm. 20. *β*) **Durch nicht rechtzeitige Annahme.** Was zur rechtzeitigen Annahme gehört, ist anderweit bestimmt (vgl. unten Anm. 23).

Anm. 21. b) **Die Wirkung des Erlöschens des Antrages** ist, daß der Antrag die Fähigkeit verliert, angenommen zu werden und dadurch zum Vertragsabschlusse zu führen. Der Antragende erhält nicht etwa nur das Recht, den Antrag zu widerrufen, sondern der Antrag hört auf annahmefähig zu sein. Gibt der andere Teil nachträglich eine Annahmeerklärung ab, so ist dies eine neue Offerte (§ 150 BGB.; vgl. jedoch unten Anm. 47). Wird diese nicht angenommen, so ist der Vertrag nicht zustande gekommen. Darauf kann sich auch der Absender der verspäteten Annahmeerklärung stützen (s. RG. 26, 6). Doch kann freilich in dem Schweigen auf die verspätete Annahmeerklärung die Annahme der neuen Offerte liegen, und überaus häufig

Digitized by Google

wird dies angenommen werden müssen. Denn die bei einem Vertrage verhandelnden Personen nehmen es sehr häufig nicht so genau mit der rechtzeitigen Annahme. Sie verzögern häufig die Antwort über Gebühr und verlassen sich darauf, daß der andere Teil doch noch mit der wenn auch verzögerten Annahmeerklärung zufrieden sein wird. Sehr häufig wird man annehmen müssen, daß der Antragsteller, wenn er schweigt, mit diesen Gedanken einverstanden ist, und der Vertrag daher durch sein Schweigen perfekt wird. Exk. zu § 361.

Umgekehrt wird das Angebot eines noch nicht gezogenen Lotterieloses durch die Ziehung vor erfolgter Annahme, also stillschweigend, hinfällig, wenn nicht ein gegenteiliger Wille erhellt. Ein solch gegenteiliger Wille liegt z. B. in dem Angebot „Ihr Anrecht auf einen eventuellen Gewinn kann ich nur wahren, wenn Sie mir sofort bei Empfang dieses das früher gespielte Los zusenden" (RG. 50, 191), oder auch darin, daß der Losverkäufer sein Angebot so spät absendet, daß er damit rechnet, es werde bei regelmäßigem Geschäftsgang dem Adressaten erst während der Ziehung zugehen (RG. 59, 298). Anm. 22.

2. **Die Annahme und ihre Wirkung.** Wird der Antrag rechtzeitig angenommen, so wird dadurch der Vertrag abgeschlossen. Anm. 23.

a) **Wird der Antrag rechtzeitig angenommen.** Wann dieses Erfordernis vorliegt, ist im vorliegenden Paragraphen nicht bestimmt, sondern anderweit. Aber nicht nur in den §§ 147—149 BGB. Diese bestimmen nur für den Regelfall, daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt werden muß; darüber, was dazu erforderlich ist, s. oben Anm. 4 ff. Ausnahmsweise ist die Annahme auch ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden wirksam, wie aus §§ 151 u. 152 BGB. hervorgeht. Und endlich ist darauf hinzuweisen, daß im Handelsverkehr unter Umständen auch Stillschweigen als Annahme zu deuten ist (§ 346 Anm. 13). Über die Form der glatten Annahmeerklärung und ihren Unterschied von der Annahme mit Abänderungen unten Anm. 59. — Die Annahmeerklärung kann, worauf hier ebenfalls hingewiesen werden mag, dadurch unwirksam gemacht werden, daß spätestens mit ihrem Eintreffen ein Widerruf dem Antragenden zugängig gemacht wird (vgl. oben Anm. 15), nicht aber dadurch, daß der Antragende sich seinen brieflichen Antrag durch arglistige Täuschung wieder verschafft (oben Anm. 9).

b) **Die Wirkung der rechtzeitigen und gehörigen Annahme** ist der Abschluß des Vertrags. Der Vertrag ist abgeschlossen, und zwar in dem Zeitpunkte, in dem die Annahmeerklärung wirksam erfolgt ist, also dem anderen Teil zugegangen ist (§§ 151, 130 BGB., oben Anm. 4 ff.). Der Antragende kann diese Wirkung nicht dadurch verhindern, daß er den die Annahme enthaltenden Brief nach Empfangnahme uneröffnet zurückgehen läßt. Die Perfektion wird nicht etwa, wie in dem alten HGB. Art. 321, zurückbezogen auf den Zeitpunkt, in dem die Annahmeerklärung behufs der Absendung abgegangen ist. Über den Zeitpunkt des Abschlusses eines schriftlichen Vertrags vgl. § 349 Anm. 2 u. 4 (JW. 87, 72[30]; 91, 256) u. unten Anm. 75 ff. Der Augenblick der Annahme bestimmt auch den Ort des Vertragsschlusses. An diesem Ort ist das Geschäft vorgenommen, so daß ein Rechtsgeschäft, das den Formen dieses Ortes entspricht, den Schutz des Art. 11 EG. z. BGB. genießt (s. RG. 62, 381). Anm. 24.

c) **Die Beweislast** für gehörige und rechtzeitige Annahmeerklärung hat derjenige, welcher Rechte aus dem Vertrage als einem geschlossenen herleitet (unten Anm. 41). Anm. 25.

C. § 147 BGB. Anm. 26.

Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittelst Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage.

Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.

Der vorliegende Paragraph gibt Vorschriften darüber, wann der Antrag angenommen werden muß, um zum Vertragsabschlusse zu führen. Dabei werden der Antrag unter Anwesenden und der Antrag unter Abwesenden verschieden behandelt und bei beiden nur der Regelfall in Anm. 27.

Digitized by Google

Exk. zu § 361. Betracht gezogen, nämlich der, bei welchem der Antragende keine besondere Frist zur Annahme gegeben hat. Dieser letztere Fall ist im § 148 BGB. besonders behandelt.

Anm. 28. 1. (Abs. 1.) **Der Antrag unter Anwesenden kann nur sofort angenommen werden.** Das greift natürlich nur dann Platz, wenn der Antragende keine Frist gegeben hat, oder eine Fristsetzung sich nicht aus Umständen ergibt (hierüber § 148 BGB.; unten Anm. 35 ff. u. 43 ff.).

a) **Ein Antrag unter Anwesenden liegt dann vor,** wenn die beiden Personen, die befugt sind, den Vertrag miteinander zu schließen, in unmittelbarem Meinungsaustausch sich befinden.

Anm. 29. α) **Unmittelbarer Meinungsaustausch** ist, wie der vorliegende Paragraph klarstellt, auch dann vorhanden, wenn sich die beiden Verhandelnden mittels Fernsprechers unterhalten. Dies natürlich ohne Rücksicht darauf, ob sie sich in derselben Ortschaft oder in verschiedenen, noch so sehr voneinander entfernten Ortschaften befinden (hierüber § 54 Anm. 13). Der Unterhaltung durch Fernsprecher steht die mittels Sprachrohrs gleich. Wie die Kontrahenten selbst den unmittelbaren Meinungsaustausch bewirken, durch Worte, Zeichen, Geberden oder auch schriftlich (letzteres z. B. dann, wenn eine Partei taub ist, oder wenn dritte anwesende Personen keine Kenntnis von der Verhandlung haben sollen), ist gleichgültig.

Anm. 30. Die durch **Ferndrucker** übermittelte Willenserklärung steht unter allen Umständen einer Abwesenden gegenüber abgegebenen Willenserklärung gleich (Koppers DJZ. 05, 159 u. Gruch. 46, 225). Die entgegengesetzte Ansicht (Sames DJZ. 04, 1179), wonach die Grundsätze über Willenserklärungen unter Anwesenden dann Platz greifen sollen, wenn der Adressat sich am Empfangsapparat befindet, ist nicht annehmbar; denn es würde alsdann das Zugehen von der wirklichen Kenntnisnahme abhängig sein. Es gilt also das unter Anm. 5 ff. oben Ausgeführte.

Anm. 31. β) **Die Verhandlung muß zwischen den Personen stattfinden, die befugt sind, den Vertrag zu schließen.** Nicht notwendig ist, daß die Kontrahenten in Person verhandeln. Das hat der § 147 BGB. auch für die Verhandlung durch **Fernsprecher** trotz seines scheinbar entgegenstehenden Wortlauts nicht anordnen wollen. **Verhandeln durch Bevollmächtigte,** die erkennbar im Namen ihrer Vollmachtgeber auftreten, genügt (ROHG. 8, 397; RG. 58, 276), wobei mehrere Vertreter, die nur gemeinschaftlich handeln können, dem Dritten gegenüber auch gemeinschaftlich auftreten müssen (RG. 61, 223; 40, 17; JW. 98, 164; 05 527[6]). Nicht aber genügt Verhandeln durch Vermittler ohne Abschlußvollmacht (ROHG. 7, 105; s. RG. 18, 10).

In Anm. 13 zu § 54 ist bereits dargelegt, daß kein Rechtssatz besteht, wonach jede Mitteilung als dem Geschäftsherrn bekannt zu gelten habe, die in sein Geschäft gelangt, und daß der Geschäftsherr nicht ohne weiteres für die von seinem Geschäft aus geführten **Ferngespräche** verantwortlich ist. Zunächst gehört es zur gehörigen Sorgfalt, daß der einen Vertragsschluß Bezweckende sich im telephonischen Verkehr bei dem ihm Antwortenden nach dessen Stellung im Geschäft seines Vertragsgegners erkundigt. Der Antwort eines Angestellten seines Vertragsgegners darf der Anfragende alsdann vertrauen; der Geschäftsherr haftet nach § 278 BGB. (RG. 43, 193; 52, 99; 58, 326). Regelmäßig gilt eine telephonische Erklärung dem Geschäftsherrn auch als in dem Augenblick zugegangen, in dem sein **Angestellter** diese entgegengenommen hat; denn es handelt sich alsdann um das Zugehen unter Abwesenden (oben Anm. 5 ff.; RG. 61, 127). Muß aber der Absender der telephonischen Erklärung damit rechnen, daß sein Vertragsgegner, z. B. weil dieser sich zu einer bestimmten Zeit an der Börse aufhält, von seinem Angestellten gar nicht mehr rechtzeitig von der telephonischen Erklärung Nachricht erhalten kann, so erleidet diese Regel eine Ausnahme. Es kann alsdann nur noch der Gesichtspunkt in Frage kommen, daß ein Kaufmann die ihm obliegende Sorgfalt verletzt, wenn er nicht dafür sorgt, daß geschäftliche Mitteilungen ihn rechtzeitig erreichen (RG. 58, 406; 61, 127; JW. 91, 355[7]; 04, 53[4]). Ob ein solcher Verstoß vorliegt, ist Tatfrage.

Digitized by Google

Die Vermittlung eines Antrags durch einen Boten reicht nicht zu, um die Anwendbarkeit des Abs. 1 Satz 1 § 147 BGB. zu begründen, selbst wenn es sich um Bewohner derselben Stadt oder desselben Hauses handelt; vielmehr liegt in solchem Falle ein Verhandeln unter Abwesenden vor (LG. Frankfurt ZHR. 43, 359). Ob Botenauftrag oder Bevollmächtigung vorliegt, hängt davon ab, ob der Beauftragte selbständige Entschließung zu treffen hat. Diese Unterscheidung wird bei Überschreitung des Auftrags und bei unrichtiger Willensübermittlung bedeutsam (§ 120 BGB.; hierüber Altmann, Josef und David im Recht 05, 396, 497, 588), sowie, wenn für einen andern kontrahiert worden ist. Das Kontrahieren für einen andern kann ein Botenverhältnis, eine Stellvertretung oder ein Handeln in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung bedeuten (s. ROHG. 2, 402). Erk. zu § 361. Anm. 32.

b) Sofortige Annahme ist erforderlich. Erfolgt sie nicht, so erlischt der Antrag nach § 146 BGB. (oben Anm. 18ff.). Eine persönliche Verhandlung über einen abzuschließenden Vertrag, die nicht durch eine Frage und eine Antwort sich erledigt, sondern mehrmaliges Hinundherreden erfordert, stellt sich hiernach juristisch so, daß zunächst angeboten und alsdann immer von neuem unter Bedingungen und Einschränkungen angenommen, also abgelehnt und damit neu angeboten wird, bis schließlich die letzte derartige neue Offerte bedingungslos angenommen wird und damit der Vertrag zustande kommt. Anm. 33.

In welcher Weise die Annahme zu erfolgen hat, darüber bestimmen andere Vorschriften. Regelmäßig muß sie dem anderen Teil gegenüber erklärt werden. Oft genügt stillschweigende Erklärung (Anm. 14 zu § 346), unter Umständen aber auch Annahme ohne Erklärung (§ 151 BGB., unten Anm. 66) oder die einfache Erwiderung „gut" (unten Anm. 59). Anm. 34.

2. (Abs. 2.) **Der Antrag unter Abwesenden kann nur bis zu dem Zeitpunkte angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.** Die Vorschrift entspricht sachlich der bewährten Bestimmung des Art. 319 Abs. 1 des alten HGB. Anm. 35.

a) Voraussetzung ist, daß ein Antrag unter Abwesenden vorliegt. Das ist der Gegensatz zum Antrag unter Anwesenden (vgl. daher oben Anm. 29).

b) Fernere Voraussetzung ist, daß der Antragsteller keine Frist gesetzt hat und aus den Umständen eine solche nicht zu entnehmen ist. (Darüber § 148 BGB.; unten Anm. 43.)

c) **Unter diesen Voraussetzungen ist der Antragende so lange gebunden, bis er den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.** Was bedeutet das? Anm. 36.

α) Der Antragende kann zunächst erwarten, daß seine Offerte dem anderen Teil rechtzeitig zugeht. Auch eine dem Antragenden bekannte Abwesenheit des anderen Teils ändert daran nichts, weil dieser für seine Vertretung (ROHG. 8, 80) und regelmäßig dafür zu sorgen hat, daß unter gewöhnlichen Umständen Briefe von ihm in Empfang genommen werden (JW. 91, 355[14]). Die Umstände des Falles können freilich das Gegenteil ergeben.

β) Der Antragende kann ferner erwarten, daß der andere Teil sofort antwortet. Das bedeutet nicht die umgehende Absendung mit der nächsten Post. Vielmehr muß der Gegner zur geschäftsmäßigen Erledigung der Annahmeerklärung Gelegenheit haben (Prüfung der Offerte, Aufsetzen der Annahmeerklärung innerhalb der Geschäftsstunden, Beförderung zur Post; ROHG. 13 S. 164). Unter Umständen, z. B. wenn die Offerte umständliche Kalkulationen, Einsicht von Büchern und Korrespondenzen erfordert, wird man dem Gegner sogar eine längere Annahmefrist gewähren müssen. Man denke auch an Behörden, Vormünder, Vorstände von Aktiengesellschaften und solche Personen, die nach ihren bekannten Lebensgewohnheiten auswärts zu tun haben (RG. 50, 195) oder zu bestimmten Stunden an der Börse beschäftigt sind. Länger aber, als regelmäßig erforderlich ist, um die Antwort abzufertigen, braucht nicht gewartet zu werden. Hat, wenn auch ohne sein Verschulden, der andere Teil die Antwort länger verzögert, als unter regelmäßigen Umständen zur Erledigung erforderlich war, so erlischt der Antrag (vgl. jedoch oben Anm. 21). Bei Be- Anm. 37.

Digitized by Google

Erl. zu § 361. urteilung der regelmäßigen Umstände kommt es immer auf die für Geschäfte der betreffenden Art bestehende Verkehrssitte (§ 346), auf den unter den Parteien in ihren geschäftlichen Beziehungen geübten Brauch und selbst auf den Beruf an; ein Beispiel RG. 59, 300 (die Antwort auf eine am 19. Juli aufgegebene Losofferte hätte am 21. Juli beim Absender eingehen müssen; die Annahmeerklärung lief aber erst am 22. Juli ein; das war zu spät, weil dem über die Schulferien verreisten Empfänger unter regelmäßigen Umständen die Briefbestellung in seiner dauernden Wohnung zu machen war). Bei Börsengeschäften stellt der Ausgang der Börse regelmäßig einen bedeutsamen Zeitpunkt dar (vgl. oben Anm. 31 u. RG. 17. 10. 05 Holdheim 15, 69).

Anm. 38. γ) Der Antragende kann endlich erwarten, daß der andere Teil sich eines den Verhältnissen entsprechenden Korrespondenzmittels bedient. Hat der Antragende ein solches vorgeschrieben, z. B. Beantwortung durch Depesche, so ist das maßgebend. Andernfalls wird meist anzunehmen sein, daß die Gegenseite dasselbe Korrespondenzmittel zu wählen hat, wie der Antragende. Doch ist das nicht unbedingt entscheidend. Jedenfalls aber ist nicht mehr, wie die Konferenz von 1857 annahm, davon auszugehen, daß der Telegraph als außerordentliches Korrespondenzmittel nicht in Betracht kommt. Unter Umständen und je nach Geschäftsgebräuchen wird die telegraphische Beantwortung als das allein ordnungsmäßige Korrespondenzmittel zu gelten haben. So ist z. B. im Börsenverkehr telegraphische Antwort auf telegraphische Anfrage nötig (ROHG. 10, 378: Versicherungsvertrag, u. RG. im Recht 05, 616[2527]).

Anm. 39. d) **Hat der andere Teil innerhalb dieser Zeit angenommen,** so ist der Vertrag zustande gekommen. Der Antragende kann nicht in der Zwischenzeit bis zur Annahmeerklärung seine Offerte zurücknehmen. Das kann er nach § 130 BGB. nur bis zum Eintreffen seines Antrages (vgl. RG. 45, 239: Auszahlungsauftrag).

Anm. 40. e) **Hat der andere Teil aber innerhalb der gedachten Frist nicht angenommen,** so erlischt der Antrag und kann nicht mehr angenommen werden (näheres § 146 BGB., oben Anm. 18).

Anm. 41. 3. **Beweislast.** Der Annehmende hat, wenn er aus dem Vertrage Rechte herleiten will, zu beweisen, daß er gehörig und rechtzeitig angenommen hat, d. h. also, daß die Annahmeerklärung angekommen und rechtzeitig angekommen ist (trotz der Zuverlässigkeit der Post spricht hierfür keine Vermutung, ROHG. 13, 46), oder daß er sie so rechtzeitig abgesendet hat, daß sie bei regelmäßiger Beförderung dem anderen Teil rechtzeitig zugegangen sein würde, auch die Gegenseite dies erkannt hat oder hätte erkennen müssen (§ 149 BGB.; unten Anm. 51). Beschränkt er sich auf den letzteren Beweis, verzichtet er also auf den strikten Beweis, daß dem anderen Teil die Annahmeerklärung rechtzeitig zugegangen ist, so steht dem Antragenden der Beweis offen, daß er unverzüglich nach dem Empfange der Annahmeerklärung die Verspätung ihrer Ankunft angezeigt habe (§ 149 BGB.; unten Anm. 51). Diesen Gegenbeweis muß der Antragsteller in dem gedachten Falle führen (Planck § 149 Anm. 3; Rehbein I 220). Im Gegensatz hierzu wollen Goldmann-Lilienthal (I § 46 Fußnote 38) und Neumann (Anm. 1c zu § 149 BGB.) dem Gegner des Antragenden den Gegenbeweis auferlegen, daß der Antragende nicht oder nicht ohne schuldhaftes Zögern die Verspätungsanzeige abgesendet habe. Indessen handelt es sich um eine Pflicht des Antragenden, deren Erfüllung der zu beweisen hat, dem sie obliegt.

Anm. 42. Ficht der Annehmende seine Annahmeerklärung wegen Irrtums an, so leugnet er nicht etwa den Klagegrund (s. RG. 58, 233), sondern schützt eine Einrede vor; er hat daher die Beweislast dafür, daß er eine Annahmeerklärung nicht abgeben wollte, oder daß er über den Inhalt der Offerte, also über seine eigene Annahmeerklärung im Irrtum war (JW. 05, 525[3]). Wer sich übrigens des Fernsprechers bedient, trägt die Gefahr, daß dieser seinen Willen nicht richtig wiedergibt, insofern als der anfechtende Absender (§ 120 BGB.) dem Empfänger schadensersatzpflichtig wird (OLGR. 8, 22; RG. 28, 23). Ferner ist hervorzuheben, daß ein Kaufmann, sobald er Kenntnis erlangt, daß von seiner Firma ohne seinen

Digitized by Google

Willen durch einen unbefugten Angestellten eine Offerte angenommen worden ist, dem gutgläubigen Gegenkontrahenten gegenüber unverzüglich widersprechen muß; Stillschweigen bedeutet hier nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte Genehmigung im Sinne der §§ 177, 182 BGB. Erk. zu § 361.

D. § 148 BGB. Anm. 43.

Hat der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen.

Der vorliegende Paragraph behandelt den Fall, daß für Annahme des Antrages eine Frist bewilligt ist.

1. **Der Fall ist wohl zu unterscheiden von der Frage, innerhalb welcher Frist die Annahmeerklärung nach § 147 Abs. 2 BGB. zu erfolgen hat.** Die Berücksichtigung der regelmäßigen Umstände, innerhalb deren die Antwort erwartet werden darf, schließt eine Art gesetzlicher Erklärungsfrist in sich. Der vorliegende Paragraph betrifft aber gerade den Fall, in dem der Antragende entweder nicht so lange oder umgekehrt länger warten will, als sich nach den regelmäßigen Umständen eine Erklärung erwarten läßt. Es gehört also auch der Fall nicht hierher, in dem der Antragende eine Bedenkzeit ohne Festsetzung ihrer Dauer gibt, wenn nicht etwa die Dauer sich aus den Umständen oder nach der Verkehrssitte ermitteln läßt. Bei solch unbestimmbarer Bedenkzeit gilt lediglich die Regel des § 147 BGB. (oben Anm. 26). Anm. 44.

2. **Der Antragsteller will eine längere oder eine kürzere Frist setzen, als sich aus § 147 Abs. 2 BGB. ergibt.** Die kürzere muß er spätestens mit dem Zukommen des Antrages setzen, die längere kann er auch später setzen. Ist sie so kurz, daß eine rechtzeitige Antwort nicht mehr erfolgen kann, so verlängert sich nicht etwa die gesetzte Erklärungsfrist, vielmehr ist dann der Antrag wirkungslos (RG. 26, 8). Anm. 45

3. **Die Wirkung der Fristsetzung** ist, daß die Annahme wirksam innerhalb der Frist und nur innerhalb der Frist erfolgen kann. Da nun die Annahme, wie jede empfangsbedürftige Willenserklärung, durch Zugehen an den Antragenden erfolgt (oben Anm. 5 ff.), so muß sie so rechtzeitig vor Ablauf der Frist abgesandt werden, daß sie bis zum Ablauf der Frist beim Antragenden und zwar während der üblichen Geschäftszeit, also vor Eintritt der abendlichen Geschäftsruhe eintrifft (Bolze 9 Nr. 202); es wäre denn, daß ausnahmsweise nach dem Parteiwillen die Absendung innerhalb der Frist genügen soll; Beispiele RG. 43, 75 (die Offerte war dem andern Teil bis 6. September „an der Hand" gelassen; er hatte die Annahme am 6. September abgesendet, sie war aber erst am 7. September angekommen); RG. 53, 59 (die Annahmeerklärung ist erst 10 Uhr abends, also nach Geschäftsschluß eingelaufen und erst am folgenden Tag nach Fristablauf in die Hände des Antragenden gekommen; das war zu spät). Anm. 46.

Die Annahme ist aber nicht allein in dem soeben erörterten Fall (vorige Anm.), sondern auch dann rechtzeitig zugegangen, wenn der Adressat die Zustellung der Annahmeerklärung arglistig, also wider Treu und Glauben vereitelt hat. Die Annahme gilt dann als zugegangen, obgleich sie dem Adressaten überhaupt nicht zugegangen ist. Das gilt auch, wenn durch das arglistige Verhalten des Adressaten die nötige Form der Annahmeerklärung nicht eingehalten werden konnte. Aber auch wenn der Antragende nur infolge seines fahrlässigen Verschuldens, (z. B. er sorgt nicht dafür, daß die Antwort des Antragsempfängers ihn trifft, obgleich er weiß, daß er innerhalb der von ihm selbst gesetzten Frist eine Antwort zu gewärtigen hat), das rechtzeitige Zugehen der Erklärung der Gegenseite verhindert, kann er aus seinem Verschulden keinen Vorteil ziehen; er würde gegen Treu und Glauben handeln, wenn er die Verspätung entgegenhalten wollte (oben Anm. 9; RG. 58, 406; JW. 04, 53[14]; 91, 355[14]; vgl. RG. 56, 264). Anm. 47.

Eine verspätete Annahme ist hier, wie immer, eine neue Offerte (unten Anm. 57). Wird die Offerte vor Fristablauf abgelehnt, so ist sie endgültig abgelehnt. Der Anm. 48.

Digitized by Google

Exk. zu § 361.

andere Teil hat nicht das Recht, noch nachträglich bis zum Ablauf der Frist anzunehmen (unten Anm. 64).

Eine Bitte um Fristverlängerung ist aber nicht Ablehnung in diesem Sinne (unten Anm. 62). Auch ist es gestattet, innerhalb der Frist eine Änderung der Offertbedingungen anzustreben, ohne eine Ablehnung der Offerte auszusprechen, also sich die Möglichkeit offen zu halten, die Offerte so, wie sie zugestellt ist, doch anzunehmen.

Anm. 49. 4. **Beispiele von kürzeren Fristsetzungen** liegen insbesondere immer dann vor, wenn sofortige Drahtantwort, heutige Drahtantwort, Depesche noch bis heute Abend usw. gewünscht wird. Die Depesche muß in solchen Fällen in der betreffenden Zeit eintreffen, sonst ist die Annahme wirkungslos (RG. 26, 8; Bolze 5 Nr. 387, 9 Nr. 202). Es kann Zander (Gruch. 49, 575) nicht ein allgemeiner Handelsbrauch dahin zugegeben werden, daß es auf den Zeitpunkt der Telegrammaufgabe ankomme; im Einzelfall mag ein besonderer Brauch solches bestimmen, oder der Parteiwille dahin gehen. Eine Vereinbarung, daß die Annahme „bis zur Börsenzeit" erfolgen darf, läßt sich nur nach der für das betreffende Geschäft bestehenden Verkehrssitte und nach den seither unter den Parteien geübten Gepflogenheiten beurteilen; der Ausgang der Börse ist jedenfalls der letzte zulässige Zeitpunkt für die Annahmeerklärung. Der Adressat muß alsdann sorgen, daß ihm während der Börse die Erklärung zugehen kann; mit Zander (Gruch. 49, 576) noch weiter zu gehen, erscheint bedenklich. Postwendende Antwort bedeutet das Verlangen brieflicher Antwort mit der nächsten Post, die so spät abgeht, daß sich in der Zwischenzeit noch ein Antwortbrief abfertigen läßt (vgl. RG. 48, 179). Nicht gleichbedeutend mit postwendender Antwort ist die Vorschrift der Beantwortung „sofort nach Empfang". Sie erheischt nur so schleunige Beantwortung, als es dem Empfänger nach seinen geschäftlichen Verhältnissen möglich ist (RG. 50, 195). Wird eine Postsendung mit dem Vermerk versehen „nach einmaliger Präsentation sofort zurück", so bedeutet dies im Gegensatz zum Vermerk „nicht nachsenden" oder „sofort zurück" gerade, daß Nachsendung an den bekannten Aufenthaltsort des Adressaten erfolgen soll (RG. 59, 299; Losofferte).

Anm. 50. 5. **Wegen der Beweislast** siehe oben Anm. 41 und 42.

Anm. 51.

E. § 149 BGB.

Ist eine dem Antragenden verspätet zugegangene Annahmeerklärung dergestalt abgesendet worden, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, und mußte der Antragende dies erkennen, so hat er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich nach dem Empfange der Erklärung anzuzeigen, sofern es nicht schon vorher geschehen ist. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet.

Der vorliegende Paragraph behandelt den Fall, daß die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung nicht rechtzeitig angekommen ist. Eigentlich ist in solchem Falle die Annahmerklärung verspätet und der Vertrag daher nicht zustande gekommen. Aber aus Billigkeitsgründen ist im Anschluß an den Art. 319 des alten HGB. anders entschieden worden, jedoch mit einer nicht unwichtigen Änderung gegen Art. 319: Während dort die rechtzeitig abgesandte, aber verspätet angekommene Annahme schon dann als rechtzeitig angekommen galt, wenn der Antragende nicht zurücktrat, ist jetzt dieses objektive Erfordernis allein nicht ausreichend, um den Antragenden in diese ungünstige Lage zu bringen. Vielmehr muß noch hinzukommen, daß der Antragende erkannt hat oder hat erkennen müssen, daß die Annahme so rechtzeitig abgesandt wurde, daß sie bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig angekommen wäre.

Anm. 52. 1. **Der Fall des vorliegenden Paragraphen setzt also voraus,** daß die Annahme dem Antragenden zwar verspätet zugegangen ist, daß aber die Annahmeerklärung dergestalt abgesandt wurde, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde (objektives Erfordernis), und daß ferner der Antragende dies erkannt hat oder erkennen mußte, also aus Fahrlässigkeit nicht erkannt hat (§ 122 Abs. 2 BGB.) — (subjektives Erfordernis). — Er muß es besonders dann erkennen, wenn Poststempel oder Depeschenvermerke dies deutlich erkennen lassen, oder der betreffende Bote es ihm sagt. Die Beweislast für diese Voraussetzung hat der Annehmende (oben Anm. 41 ff.; Rosenberg A. f. ziv. Prax. 94, 27).

Digitized by Google

2. **Unter dieser Voraussetzung hat der Antragende die Verpflichtung,** unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern, § 121 BGB.) nach Empfang der Annahmeerklärung den verspäteten Eingang dem anderen Teil anzuzeigen. Einer besonderen Rücktrittserklärung oder sonstigen Erklärung, daß man sich an die Offerte nicht halte, bedarf es nicht. Die Anzeige der Verspätung genügt und wird vom Gesetze dahin gedeutet. Auch braucht nur die Absendung der Anzeige zu erfolgen. Ob sie dem anderen Teil zugeht, ist gleichgültig. — Die Beweislast für die Absendung und im Falle der Zögerung für die dieselbe entschuldigenden Umstände hat der Antragende (oben Anm. 41). Exk. zu § 361. Anm. 53.

3. Erfüllt der Antragende diese Verpflichtung nicht, macht er also die Anzeige überhaupt nicht, oder verzögert er sie schuldhaft, so gilt die Annahme als nicht verspätet. Obwohl sie tatsächlich verspätet ist, wird es so angesehen, als sei sie nicht verspätet eingegangen. Der Vertrag gilt als zustande gekommen in dem Augenblicke, wo sie tatsächlich eingegangen ist. Dieser Zeitpunkt gilt als der des rechtzeitigen Eingangs der Annahmeerklärung. Anm. 54

4. **Macht dagegen der Antragende die Anzeige unverzüglich,** so ist der Vertrag nicht zustande gekommen, obgleich der Annehmende seinerseits alles getan hat, um die Annahmeerklärung rechtzeitig dem Antragenden zugehen zu lassen. Anm. 55.

5. **Ein Widerruf dieser Anzeige ist wirkungslos.** Ist die Anzeige nämlich gehörig und rechtzeitig erfolgt, so ergibt sich die Wirkungslosigkeit eines Widerrufs daraus, daß der Antrag wegen nicht rechtzeitiger Annahme erloschen ist (§§ 146, 149 BGB.). War die Anzeige aber eine ungehörige oder nicht rechtzeitige, so ist sie nicht zu beachten; ein Widerruf wäre gegenstandslos. Kipp (Festgabe der jur. Gesellschaft Berlin für Koch 116) unterscheidet, ob die Anzeige der Verspätung der Annahme der Wahrheit entsprach oder nicht; in letzterem Fall sei der Widerruf einer irrigen Behauptung vorhanden und daher zulässig. Anm. 56

F. § 150 BGB. Anm. 57.

Die verspätete Annahme eines Antrags gilt als neuer Antrag.

Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage.

Der vorliegende Paragraph handelt von der verspäteten Annahme und von der Annahme mit Abänderungen.

1. **Die verspätete Annahme.** Sie kann zur Perfektion des Vertrages nicht führen, wenigstens nicht durch sich selbst. Das ist in den vorangehenden Erläuterungen wiederholt betont (oben Anm. 40 und 48). Aber sie ist doch nicht bedeutungslos. Denn sie enthält nach dem vorliegenden Paragraphen eine neue Offerte. Erklärt sich der andere Teil, also der ursprüngliche Antragende, mit dieser neuen Offerte einverstanden, so ist der Vertrag auf Grund derselben zustande gekommen. Die Einverständniserklärung muß natürlich ebenfalls nach Maßgabe der sonstigen Vorschriften über die Annahmeerklärung erfolgen. Indessen wird hier die Erfahrung wichtig, daß man sich im Rechtsverkehr mit Annahmeerklärungen nicht so beeilt, wie dies der Gesetzgeber in den hier fraglichen Vorschriften verlangt und voraussetzt, und daß der nicht nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes Annehmende sehr häufig davon ausgeht, daß die Gegenseite auch mit der verspäteten Annahmeerklärung zufrieden sein werde. Liegt der Fall so, durfte der verspätet Annehmende voraussetzen, daß der Antragende zufrieden sein und andernfalls dies mitteilen werde, so gilt die verspätete Annahme d. h. hier die darin liegende neue Offerte infolge des Stillschweigens des anderen Teils als angenommen (oben Anm. 21, 22). So wenn z. B. jemand im Frühjahr beim Hotelwirt eines Badeorts eine Wohnung für den Sommer bestellt, der Hotelwirt zunächst einen höheren Preis fordert, alsdann aber auf den Brief des Badegastes, der ihm einen geringeren Preis anbietet, eingehend, antwortet, er betrachte die Sache jetzt als abgemacht. Wenn diese letztere Antwort nach den gesetzlichen Vorschriften zu spät eingeht, vom Badegast aber nicht ablehnend beantwortet wird, so können beide Teile davon ausgehen, die Sache sei in der Tat abgemacht. Der Badegast hat durch Stillschweigen sein Einverständnis erklärt. Anm. 58.

Digitized by Google

Exk. zu § 361. andere Teil hat nicht das Recht, noch nachträglich bis zum Ablauf der Frist anzunehmen (unten Anm. 64).

Eine Bitte um Fristverlängerung ist aber nicht Ablehnung in diesem Sinne (unten Anm. 62). Auch ist es gestattet, innerhalb der Frist eine Änderung der Offertbedingungen anzustreben, ohne eine Ablehnung der Offerte auszusprechen, also sich die Möglichkeit offen zu halten, die Offerte so, wie sie zugestellt ist, doch anzunehmen.

Anm. 49. 4. **Beispiele von kürzeren Fristsetzungen** liegen insbesondere immer dann vor, wenn sofortige Drahtantwort, heutige Drahtantwort, Depesche noch bis heute Abend usw. gewünscht wird. Die Depesche muß in solchen Fällen in der betreffenden Zeit eintreffen, sonst ist die Annahme wirkungslos (RG. 26, 8; Bolze 5 Nr. 387, 9 Nr. 202). Es kann Zander (Gruch. 49, 575) nicht ein allgemeiner Handelsbrauch dahin zugegeben werden, daß es auf den Zeitpunkt der Telegrammaufgabe ankomme; im Einzelfall mag ein besonderer Brauch solches bestimmen, oder der Parteiwille dahin gehen. Eine Vereinbarung, daß die Annahme „bis zur Börsenzeit" erfolgen darf, läßt sich nur nach der für das betreffende Geschäft bestehenden Verkehrssitte und nach den seither unter den Parteien geübten Gepflogenheiten beurteilen; der Ausgang der Börse ist jedenfalls der letzte zulässige Zeitpunkt für die Annahmeerklärung. Der Adressat muß alsdann sorgen, daß ihm während der Börse die Erklärung zugehen kann; mit Zander (Gruch. 49, 576) noch weiter zu gehen, erscheint bedenklich. Postwendende Antwort bedeutet das Verlangen brieflicher Antwort mit der nächsten Post, die so spät abgeht, daß sich in der Zwischenzeit noch ein Antwortbrief abfertigen läßt (vgl. RG. 48, 179). Nicht gleichbedeutend mit postwendender Antwort ist die Vorschrift der Beantwortung „sofort nach Empfang". Sie erheischt nur so schleunige Beantwortung, als es dem Empfänger nach seinen geschäftlichen Verhältnissen möglich ist (RG. 50, 195). Wird eine Postsendung mit dem Vermerk versehen „nach einmaliger Präsentation sofort zurück", so bedeutet dies im Gegensatz zum Vermerk „nicht nachsenden" oder „sofort zurück" gerade, daß Nachsendung an den bekannten Aufenthaltsort des Adressaten erfolgen soll (RG. 59, 299; Losofferte).

Anm. 50. 5. **Wegen der Beweislast** siehe oben Anm. 41 und 42.

Anm. 51.

E. § 149 BGB.

Ist eine dem Antragenden verspätet zugegangene Annahmeerklärung dergestalt abgesendet worden, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, und mußte der Antragende dies erkennen, so hat er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich nach dem Empfange der Erklärung anzuzeigen, sofern es nicht schon vorher geschehen ist. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet.

Der vorliegende Paragraph behandelt den Fall, daß die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung nicht rechtzeitig angekommen ist. Eigentlich ist in solchem Falle die Annahmerklärung verspätet und der Vertrag daher nicht zustande gekommen. Aber aus Billigkeitsgründen ist im Anschluß an den Art. 319 des alten HGB. anders entschieden worden, jedoch mit einer nicht unwichtigen Änderung gegen Art. 319: Während dort die rechtzeitig abgesandte, aber verspätet angekommene Annahme schon dann als rechtzeitig angekommen galt, wenn der Antragende nicht zurücktrat, ist jetzt dieses objektive Erfordernis allein nicht ausreichend, um den Antragenden in diese ungünstige Lage zu bringen. Vielmehr muß noch hinzukommen, daß der Antragende erkannt hat oder hat erkennen müssen, daß die Annahme so rechtzeitig abgesandt wurde, daß sie bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig angekommen wäre.

Anm. 52. 1. **Der Fall des vorliegenden Paragraphen setzt also voraus,** daß die Annahme dem Antragenden zwar verspätet zugegangen ist, daß aber die Annahmeerklärung dergestalt abgesandt wurde, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde (objektives Erfordernis), und daß ferner der Antragende dies erkannt hat oder erkennen mußte, also aus Fahrlässigkeit nicht erkannt hat (§ 122 Abs. 2 BGB.) — (subjektives Erfordernis). — Er muß es besonders dann erkennen, wenn Poststempel oder Depeschenvermerke dies deutlich erkennen lassen, oder der betreffende Bote es ihm sagt. Die Beweislast für diese Voraussetzung hat der Annehmende (oben Anm. 41 ff.; Rosenberg A. f. ziv. Prax. 94, 27).

Digitized by Google

2. **Unter dieser Voraussetzung hat der Antragende die Verpflichtung,** unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern, § 121 BGB.) nach Empfang der Annahmeerklärung den verspäteten Eingang dem anderen Teil anzuzeigen. Einer besonderen Rücktrittserklärung oder sonstigen Erklärung, daß man sich an die Offerte nicht halte, bedarf es nicht. Die Anzeige der Verspätung genügt und wird vom Gesetze dahin gedeutet. Auch braucht nur die Absendung der Anzeige zu erfolgen. Ob sie dem anderen Teil zugeht, ist gleichgültig. — Die Beweislast für die Absendung und im Falle der Zögerung für die dieselbe entschuldigenden Umstände hat der Antragende (oben Anm. 41). Exk. zu § 361. Anm. 53.

3. **Erfüllt** der Antragende diese Verpflichtung nicht, macht er also die Anzeige überhaupt nicht, oder verzögert er sie schuldhaft, so gilt die Annahme als nicht verspätet. Obwohl sie tatsächlich verspätet ist, wird es so angesehen, als sei sie nicht verspätet eingegangen. Der Vertrag gilt als zustande gekommen in dem Augenblicke, wo sie tatsächlich eingegangen ist. Dieser Zeitpunkt gilt als der des rechtzeitigen Eingangs der Annahmeerklärung. Anm. 54

4. **Macht dagegen der Antragende die Anzeige unverzüglich,** so ist der Vertrag nicht zustande gekommen, obgleich der Annehmende seinerseits alles getan hat, um die Annahmeerklärung rechtzeitig dem Antragenden zugehen zu lassen. Anm. 55.

5. **Ein Widerruf dieser Anzeige ist wirkungslos.** Ist die Anzeige nämlich gehörig und rechtzeitig erfolgt, so ergibt sich die Wirkungslosigkeit eines Widerrufs daraus, daß der Antrag wegen nicht rechtzeitiger Annahme erloschen ist (§§ 146, 149 BGB.). War die Anzeige aber eine ungehörige oder nicht rechtzeitige, so ist sie nicht zu beachten; ein Widerruf wäre gegenstandslos. Kipp (Festgabe der jur. Gesellschaft Berlin für Koch 116) unterscheidet, ob die Anzeige der Verspätung der Annahme der Wahrheit entsprach oder nicht; in letzterem Fall sei der Widerruf einer irrigen Behauptung vorhanden und daher zulässig. Anm. 56

F. § 150 BGB. Anm. 57.

Die verspätete Annahme eines Antrags gilt als neuer Antrag.

Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage.

Der vorliegende Paragraph handelt von der verspäteten Annahme und von der Annahme mit Abänderungen.

1. **Die verspätete Annahme.** Sie kann zur Perfektion des Vertrages nicht führen, wenigstens nicht durch sich selbst. Das ist in den vorangehenden Erläuterungen wiederholt betont (oben Anm. 40 und 48). Aber sie ist doch nicht bedeutungslos. Denn sie enthält nach dem vorliegenden Paragraphen eine neue Offerte. Erklärt sich der andere Teil, also der ursprüngliche Antragende, mit dieser neuen Offerte einverstanden, so ist der Vertrag auf Grund derselben zustande gekommen. Die Einverständniserklärung muß natürlich ebenfalls nach Maßgabe der sonstigen Vorschriften über die Annahmeerklärung erfolgen. Indessen wird hier die Erfahrung wichtig, daß man sich im Rechtsverkehr mit Annahmeerklärungen nicht so beeilt, wie dies der Gesetzgeber in den hier fraglichen Vorschriften verlangt und voraussetzt, und daß der nicht nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes Annehmende sehr häufig davon ausgeht, daß die Gegenseite auch mit der verspäteten Annahmeerklärung zufrieden sein werde. Liegt der Fall so, durfte der verspätet Annehmende voraussetzen, daß der Antragende zufrieden sein und andernfalls dies mitteilen werde, so gilt die verspätete Annahme d. h. hier die darin liegende neue Offerte infolge des Stillschweigens des anderen Teils als angenommen (oben Anm. 21, 22). So wenn z. B. jemand im Frühjahr beim Hotelwirt eines Badeorts eine Wohnung für den Sommer bestellt, der Hotelwirt zunächst einen höheren Preis fordert, alsdann aber auf den Brief des Badegastes, der ihm einen geringeren Preis anbietet, eingehend, antwortet, er betrachte die Sache jetzt als abgemacht. Wenn diese letztere Antwort nach den gesetzlichen Vorschriften zu spät eingeht, vom Badegast aber nicht ablehnend beantwortet wird, so können beide Teile davon ausgehen, die Sache sei in der Tat abgemacht. Der Badegast hat durch Stillschweigen sein Einverständnis erklärt. Anm. 58.

Digitized by Google

Exk. zu § 361. Anm. 59.

2. **Die Annahme unter Abänderungen,** oder wie das Gesetz sagt: Die Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrage.

a) Um den Vertrag zum Abschluß zu bringen, muß die Annahmeerklärung eine vorbehaltlose Zustimmung zu allen Punkten der Offerte enthalten (ROHG. 3, 280). Dazu ist aber nicht erforderlich, daß alle Punkte der Offerte wiederholt werden. Vielmehr genügt eine noch so kurze, aber die Zustimmung klar enthaltende Antwort (angenommen, abgemacht, einverstanden, gut; ROHG. 3, 165). Ob die telegraphische Annahme mit dem Zusatz: „Brieflich Näheres" zur Perfektion genügt, soll nach ROHG. 12, 290 und Rehbein (I 221) der Einzelfall entscheiden. Allein eine gültige Annahme ist darin nie zu erblicken; denn aus einer Annahmeerklärung muß der Antragende mit Sicherheit entnehmen können, daß sein Antrag angenommen ist; soll aber ein Brief noch nachfolgen, so ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß er nicht nur unwesentliche Wünsche, sondern auch Bedingungen oder Einschränkungen enthält (zust. Endemann I § 69 1; Fußnote 7; vgl. Bolze 11 Nr. 204 u. SeuffA. 46, 177). Damit soll aber nicht gesagt sein, daß nicht die Umstände von Bedeutung sein können; so kann z. B. die Annahme mit dem Zusatz „Vorbehalt bis Montag" je nach den Umständen den Sinn haben, daß ein Rücktrittsrecht bis Montag oder eine Bestätigung vorbehalten werden wollte.

Anm. 60

b) Eine Annahme unter Abänderungen ist Ablehnung.

α) Ob die Abänderung essentialia des Vertrages betrifft oder nur accidentalia, ob es sich z. B. um die Höhe des Preises oder um die Verpackung handelt, ist gleichgültig. Sobald der Antragsempfänger nicht vorbehaltslos zustimmt, liegt eine Ablehnung mit neuer Offerte vor. Dagegen schaden nichts unerhebliche Zusätze, die den Charakter von Wünschen, nicht von Vertragsmodalitäten haben, z. B. ich erwarte gute Ware, prompte Bedienung, schleunige Effektuierung usw. Ebenso schadet eine Auslegung nichts, die der Annehmende der Offerte oder seiner Annahme gibt, sofern sie nur die richtige Auslegung ist.

Anm. 61.

β) Eine bedingte Offerte muß hiernach mit der Bedingung angenommen werden. Wird die Bedingung abgelehnt, so ist die ganze Offerte abgelehnt (RG. 28, 320).

Anm. 62.

γ) In dem Erbitten einer Frist liegt nicht eine Ablehnung. Es liegt darin nicht die Erklärung, daß man sich innerhalb der Frist nicht entschließen könnte, sondern nur, daß man den Wunsch habe, sich die Sache noch länger zu überlegen. Wird der Wunsch abgelehnt, so kann die Frist durch rechtzeitige Annahmeerklärung noch immer gewahrt werden. Doch können die Umstände anders liegen.

Anm. 63.

δ) Mitunter kommt es auf die Umstände an, ob eine Abänderung vorliegt; so z. B., wenn der Verkäufer die auf eine bestimmte Menge lautende Offerte lediglich mit der Versendungsanzeige über eine geringere Menge beantwortet; hier kommt es darauf an, ob die Offerte tatsächlich so auszulegen ist, daß deren Annahme für eine geringere Menge als die bestellte nicht als reine Annahme, sondern als eine Annahme mit Einschränkung betrachtet werden muß. Aus dem Schweigen des Antragenden auf die Versandanzeige kann aber auch geschlossen werden, daß er dem Verkäufer einen Spielraum lassen wollte. Sind mehrere Gegenstände gleichzeitig bestellt, so handelt es sich regelmäßig um ebensoviele selbständige Offerten, sofern sich nicht ein einheitlicher Zusammenhang z. B. aus der Bestimmung eines Gesamtpreises ergibt. Die auf einen Gegenstand beschränkte Offertenannahme bedeutet daher regelmäßig eine reine Annahme (s. ROHG. 16, 155). Lautet die Offerte auf eine Lieferung, von der ein Teil sofort und der Rest später auszuführen ist, und wird zunächst nur über die sofort auszuführende Lieferung ein Schlußschein von dem Antragsempfänger dem Antragenden übermacht, so liegt in der Annahme eines Teils der Offerte noch nicht die Ablehnung des andern Teils, wenn üblicherweise Schlußscheine nur über sofort zu erfüllende Abschlüsse ausgestellt zu werden pflegen.

Anm. 64

ε) Die Annahme mit Abänderungen bedeutet endgültige Ablehnung. Es geht nicht an, daß nachträglich die Einschränkung zurückgenommen wird. Dies auch dann nicht,

Digitized by Google

wenn die Frist zur Annahmeerklärung noch läuft. Der § 150 BGB. gilt auch für den Fall der befristeten Annahmeerklärung des § 148 BGB. Nach früherem Recht lag die Sache anders (RG. SeuffA. 48, 14). Exk. zu § 361.

c) Die Annahmeerklärung mit Abänderungen bedeutet aber auch eine neue Offerte. Für sie gilt in dieser Hinsicht dasselbe, wie von der verspäteten Annahme (oben Anm. 58). Vorausgesetzt ist dabei, daß die Beschränkungen der Annahmeerklärung bestimmt genug sind, um in Verbindung mit dem ursprünglichen Antrage als Grundlage für einen Vertragsschluß zu dienen. So ist z. B. die Erklärung: „Ich nehme an, aber nur zu niedrigerem Preise" keine neue Offerte, sondern nur eine Ablehnung. Anm. 65.

G. § 151 BGB. Anm. 66.

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zu Stande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.

Der vorliegende Paragraph handelt von der Annahme ohne Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden, wohl zu unterscheiden von der stillschweigenden Annahmeerklärung. Über die letztere siehe den Zusatz (unten Anm. 74).

1. **Bedeutung der Vorschrift.** Es gibt viele Fälle im Rechtsverkehr, in denen das Zustandekommen des Vertrages sich nicht nach der Schablone: Antrag und Annahmeerklärung abspielt, an welche sich dann die Ausführung des abgeschlossenen Vertrages schließt. Der raschlebige Verkehr weist zahlreiche Fälle auf, in denen der, welcher eine Leistung wünscht, der Antragende, auf sofortige Bewirkung der Leistung rechnet. Er hat keinen Zweifel daran, daß der andere Teil auf den Vertrag eingehen und ihn sofort erfüllen wird. Regelmäßig wird in solchen Fällen nicht erst dem Antragenden angezeigt, daß man den Antrag annehme. Man würde ihm ja sonst etwas mitteilen, woran er gar nicht zweifelt, und die Erfüllung unnötig verzögern. Man verfährt vielmehr, wie der Antragende es erwartet: man bewirkt sofort die Leistung. Die Bewirkung der Leistung enthält die Annahme des Antrags oder wenn man will, die Annahmeerklärung; sie wirkt als solche, ohne und ehe der andere Teil davon erfährt, daß die Leistung bewirkt sei (ROHG. 18, 246; RG. 2, 43). Anm. 67.

2. **Voraussetzung ist, daß nach der Verkehrssitte die Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden nicht zu erwarten ist.** (Der andere Fall des vorliegenden Paragraphen, daß der Antragende auf die Annahmeerklärung ihm gegenüber verzichtet hat, wie z. B. bei Übersendung unbestellter Ware, ist weniger bedeutsam, und bleibt hier im übrigen außer Betracht.) Anm. 68.

Das ist z. B. der Fall bei Warenbestellungen nach Preislisten oder Katalogen, bei Insertionsaufträgen (RG. 2, 44; Bolze 2 Nr. 916), bei Aufträgen an Bankiers zu Börsengeschäften (ROHG. 14, 301), bei Bestellung von Losen beim Kollekteur (RG. 36, 324; 48, 178); aber nicht bei dem Antrag auf Stundung. Anm. 69.

3. **In solchen Fällen kommt der Vertrag dadurch zustande,** daß der andere Teil eine Annahmeerklärung abgibt, auch ohne daß er sie dem Antragenden gegenüber abgibt. Die Annahmeerklärung ist in solchen Fällen der Verkehrssitte gemäß dadurch abgegeben, daß die Leistung sofort bewirkt wird, nicht schon dadurch, daß der andere Teil sich zur Bewirkung der Leistung entschließt oder damit beginnt, sondern dadurch, daß er sie bewirkt, vollendet. Die Annahme ist z. B. bei einer Warenbestellung erfolgt durch Absendung der Ware, nicht schon durch Ausscheidung aus dem Warenlager, durch Verpackung und Adressierung. Darin liegt, wie Planck (§ 151 Anm. 4) sich ausdrückt, die endgültige Betätigung des Annahmewillens. Anm. 70.

Daraus folgt, daß der Antragsempfänger die begonnene Leistung wieder rückgängig machen und dadurch den Antrag zum Erlöschen bringen kann. Denn eben nur die Vollendung der Leistung ist die Annahme. Anm. 71

4 **Bis wann muß die Annahmeerklärung abgegeben werden?** Nach dem Inhalte unseres Paragraphen entscheidet hierüber der Wille des Antragenden, mag dieser Wille aus dem An- Anm 72.

Digitized by Google

Exk. zu § 361. trag selbst oder aus den Umständen zu entnehmen sein. Allein, daß in erster Linie der Wille des Antragenden entscheidet, ist selbstverständlich. Es fragt sich jedoch, was, wenn für den Willen des Antragenden kein besonderer Anhalt vorliegt, nach der Verkehrssitte als Regel anzunehmen ist? Darauf ist zu antworten, daß der Verkehrssitte gemäß der Fall der Annahme ohne Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden nur dann vorliegt, wenn man an der Annahme nicht zweifelt und deshalb eine solche Erklärung gar nicht erst erwartet, wenn man vielmehr davon ausgeht, daß der andere Teil mit dem Antrage selbstverständlich einverstanden und die gewünschte Leistung deshalb sofort bewirken werde (oben Anm. 67f.). Man erwartet also die sofortige Leistung, und deshalb ist eine rechtzeitige Annahmeerklärung im Sinne des vorliegenden Paragraphen regelmäßig in der sofortigen Bewirkung der Leistung zu erblicken. Man nimmt den Antrag dadurch an, daß man die Leistung ohne Verzug in Angriff nimmt und bewirkt. Geschieht dies, so ist der Antragende bis zur Vollendung der Leistung an seinen Antrag gebunden. Er hört aber auf, gebunden zu sein, wenn die Leistung nicht so schleunig bewirkt wird, daß man dies als unverzügliche Ausführung bezeichnen kann.

Anm. 73. 5. **Die Vollendung der Leistung ist eine gehörige Annahme auch dann, wenn sie mangelhaft erfolgt.** In solchem Falle ist der Antrag angenommen, der Vertrag zustandegekommen, aber mangelhaft erfüllt, und daraus ergeben sich selbständige Rechtsfolgen, die mit der vorliegenden Frage nichts zu tun haben.

Anm. 74. **Zusatz. Wohl zu unterscheiden von den Fällen des vorliegenden Paragraphen sind die Fälle, in denen die Annahme im Schweigen liegt.** Dieses ist eine dem anderen Teil gegenüber abgegebene Annahmeerklärung, wie z. B. die stillschweigende Entgegennahme des Bürgscheins durch den Gläubiger zugleich dessen Annahmeerklärung darstellt (§ 349 Anm. 2 u. 4). Wann Schweigen Annahme bedeutet, s. § 346 Anm. 13 u. 14; § 362.

Anm. 75. ## H. § 152 BGB.

Wird ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet, ohne daß beide Theile gleichzeitig anwesend sind, so kommt der Vertrag mit der nach § 128 erfolgten Beurkundung der Annahme zu Stande, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist. Die Vorschrift des § 151 Satz 2 findet Anwendung.

Anm. 76. 1. **Der vorliegende Paragraph ordnet an, daß bei gerichtlicher oder notarieller Beurkundung eines Vertrages die Beurkundung der Annahme genügt.** Eine Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden ist also, indem Verzicht auf das Zugehen der Annahmeerklärung angenommen wird, nicht erforderlich, um den Vertrag perfekt zu machen.

a) Der Paragraph findet nicht nur dann Anwendung, wenn das Gesetz die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt, sondern auch dann, wenn die Parteien ohne gesetzliche Notwendigkeit die gerichtliche oder notarielle Beurkundung wählen.

Anm. 77. b) **Die Beurkundung der Annahme** muß natürlich so zeitig erfolgen, wie dies dem Willen des Antragenden entspricht. Das bedeutet, daß der § 151 Satz 2 BGB. Anwendung findet. Erfolgt sie später, so ist es eine verspätete Annahme, die aber zunächst noch keine neue Offerte ist, sondern erst, wenn sie dem Antragenden zugeht.

Anm. 78. 2. **Die Vorschrift ist eine Dispositivvorschrift.** Die Parteien können also ausdrücklich oder stillschweigend verabreden, daß der Vertrag nicht schon mit der Beurkundung nach § 128 BGB. zustande kommen soll. Eine solche stillschweigende Abrede liegt regelmäßig in der Erklärung des Antragenden, daß er nur eine bestimmte Zeit sich binde; alsdann muß die Annahmeerklärung dem Antragenden innerhalb dieses Zeitraums zugehen (JW. 01, 866).

Anm. 79. ## J. § 153 BGB.

Das Zustandekommen des Vertrags wird nicht dadurch gehindert, daß der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist.

Anm. 80. 1. **Der vorliegende Paragraph gibt eine Auslegungsregel** in Verbindung mit § 130 Abs. 2 BGB.: ist der geschäftsfähige Antragende, *nachdem* er den Antrag behufs Absendung ab-

Digitized by Google

gegeben, also zur Post aufgegeben oder einem Boten zur Zustellung ausgefolgt hat, aber ehe der Antragsempfänger die Annahme erklärt hat, gestorben oder geschäftsunfähig geworden, so kann der Antrag ungeachtet des Zwischenfalls noch angenommen werden; es wäre denn, daß aus dem Inhalt des Antrags oder aus den Umständen ein gegenteiliger Wille erhellt. Dieser Grundsatz muß um so mehr gelten, wenn der Antragende in der Zeit zwischen Absendung und Annahme des Antrags nur in seiner Geschäfts- oder in seiner Verfügungsfähigkeit z. B. durch Konkurseröffnung eine Beschränkung erlitten hat. In letzterem Fall meinen Goldmann-Lilienthal (I § 42 Fußnote 8), nach § 7 Abs. 1 KO. sei der Antrag erst mit dessen Zugang „vorgenommen"; der Zeitpunkt des Zuganges als Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts entscheide somit über das Vorhandensein einer Verfügungsbeschränkung; allein gerade die Frage, wann die Erklärung vorgenommen ist, wird von §§ 130, 153 BGB. beantwortet und nicht von § 7 Abs. 1 KO. (so auch Dernburg I § 132 II Fußnote 6 und Jaeger § 7 Anm. 15); dagegen und für Goldmann-Lilienthal mit Unrecht Breit (SächsA. 13, 314), der hier die einen bindenden Vertrag voraussetzende Sondervorschrift des § 878 BGB. verwerten will. Nicht beizutreten ist aber der Ansicht, es sei im Fall der Annahme des Antrags ein Vertrag nur mit dem Gemeinschuldner persönlich zustandegekommen, ohne daß die Masse dadurch berührt werde; denn die Vorschrift des § 153 BGB. beruht gerade darauf, daß der Antrag im Zweifel so behandelt werden soll, als sei er von den Erben oder von dem gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen gestellt. Läßt man den § 153 BGB. überhaupt auch auf den Fall einer Verfügungsbeschränkung zur Anwendung gelangen, so muß man folgerichtig den Antrag als vom Konkursverwalter gestellt ansehen. Exk. zu § 361.

2. **Eine Auslegungsregel für den umgekehrten Fall**, wenn nämlich nicht der Antragende, sondern der Antragsempfänger zwischen Absendung und Annahme des Antrags stirbt oder geschäftsunfähig wird, war in dem Sinn geplant, daß der Antrag durch einen derartigen Zwischenfall nicht annahmeunfähig werden soll; sie ist aber vom Gesetz nicht gegeben. Es besteht kein Grund, eine solche Auslegung nicht für richtig zu halten, und sie nicht ebenfalls zur Anwendung zu bringen, wenn der Antragsempfänger in seiner Geschäfts- oder Verfügungsfähigkeit beschränkt wird. Auch hier erheben sich die Streitfragen, welche oben Anm. 80 hinsichtlich der Person des Antragenden erörtert wurden; die Antwort ist auch hier die gleiche. Insbesondere kann der Konkursverwalter den Antrag annehmen; seine Annahme wirkt für und gegen die Masse. Man kann nicht mit Jaeger a. a. O. den an sich richtigen Gedanken einwenden, daß die Annahmebefugnis keinen Vermögenswert darstellt und deshalb nicht zu den Aktiven der Masse gehört; denn ebenso wie der Antrag als an die Erben oder den gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen gestellt gilt, so gilt er im Konkursfall, wenn sein Inhalt oder die Umstände nichts anderes ergeben, als an den Massevertreter, d. i. an den Konkursverwalter gerichtet. Anm. 81.

K. § 154 BGB. Anm. 82

Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.

Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist.

Der vorliegende Paragraph gibt zwei Vorschriften über das Zustandekommen des Vertrages, eine materielle und eine formelle.

1. (Abs. 1.) **Die materielle Vorschrift** besagt, was schon früher Rechtens war, ohne daß das Gesetz es ausgesprochen hatte, daß ein Vertrag nicht eher zustande kommt, bis die Parteien sich über alle Punkte geeinigt haben, über die eine Vereinbarung nach der Erklärung einer der Parteien getroffen werden sollte. Die Vorschrift ist wohl geeignet, dem Irrtum vorzubeugen, als sei der Vertrag geschlossen, wenn man sich über die wesentlichen Punkte, die essentialia, geeinigt hat. Das wäre nicht richtig Die Konsenserklärungen müssen vielmehr Anm. 83.

Digitized by Google

Exk. zu § 361. alle die Punkte umfassen, welche von den Parteien, oder auch nur von einer, als für sie wesentlich betrachtet und als solche hingestellt wurden. Der Kaufvertrag ist also nicht etwa abgeschlossen, wenn über Preis und Ware eine Einigung, sei es auch schriftlich, erzielt ist, die von den Parteien angestrebte Einigung über andere Punkte, auf welche sie Wert legten, aber noch aussteht, wenn z. B. das Zahlungsziel, das der sonst mit allem zufriedene Kauflustige beansprucht, dem Verkäufer so übertrieben erscheint, daß er es nicht bewilligen kann (RG. 41, 330), oder wenn der Käufer mit Preis und Ware einverstanden ist, aber hinsichtlich der Verpackung noch besondere Bedingungen stellt, oder sich die Stellung von Bedingungen noch vorbehält (Bolze 11 Nr. 204; 16 Nr. 217). Dagegen ist zuzugeben, daß die Annahme einer Offerte, nach der auf Grund einer Norm abgeschlossen werden soll, die Unterwerfung unter diese Norm bedeutet, auch wenn der Annehmende sie nicht kannte (ROHG. 21, 186; RG. Holdheim 15, 56; vgl. RG. 42, 143).

Anm. 84. 2. (Abs. 2.) **Die formelle Vorschrift** ist eine Auslegungsregel dahin, daß, wenn die Parteien die Beurkundung des beabsichtigten Vertrages vereinbaren, die Form im Zweifel Gültigkeitserfordernis, nicht nur Beweismittel sein soll; daher ist selbst eine bedingungslose Willenserklärung nicht bindend, solange ihr das Formerfordernis fehlt (s. RG. 52, 433).

Es muß sich um einen beabsichtigten Vertrag handeln. Nur für diesen Fall ist die Auslegungsregel gegeben. Die Abrede der Beurkundung muß also, damit der vorliegende Paragraph Platz greift, vor der Einigung oder zugleich mit der Einigung in continenti mit derselben getroffen sein. Bei einer gesprächsweisen Einigung wird man es nicht so genau nehmen, wenn auch die Abrede der Beurkundung sich an die sonstige Einigung erst anschließt. Es wird dann immer gesagt werden können, sie sei in continenti erfolgt. Da es sich nur um eine Auslegungsregel handelt, so kann im Einzelfall der Parteiwille doch dahin gehen, daß mündliche Abmachungen neben dem schriftlich Beurkundeten gelten sollen (JW. 03 Beil. 54[123]; vgl. § 350 Anm. 59 ff.).

Anm. 85. Erhellt aber, daß die Parteien fest gebunden sein sollten, und vereinbaren sie nachträglich, daß der Inhalt der Vereinigung auch beurkundet werden soll, so greift die Auslegungsregel des vorliegenden Paragraphen nicht Platz. Als Gültigkeitserfordernis kann solche Abrede im Einzelfall gleichwohl gemeint sein; das muß von Fall zu Fall ermittelt werden (JW. 06, 11[6]).

Anm. 86. Gegenüber dem früheren Handelsrecht ist die Vorschrift dieses Absatzes neu (vgl. unsere 5. Aufl. § 7 zu Art. 317).

Zu bemerken ist, daß für die vereinbarte Beurkundung nicht immer dieselben Vorschriften gelten, wie für die gesetzlich vorgeschriebene Beurkundung (vgl. z. B. § 127 BGB.). Näheres zu § 350 HGB.

Anm. 87. 3. **Der Vorvertrag**, d. h. eine beiderseitige Willenseinigung, die auf Abschluß eines andern Vertrags (des Hauptvertrags) gerichtet ist, besitzt volle Rechtswirksamkeit und verleiht den Anspruch auf Erfüllung. Im alten Recht war die Gültigkeit des pactum de contrahendo anerkannt (ROHG. 9, 38; RG. 30, 147: VV. auf Abschluß eines Gesellschaftsvertrags; RG. 12, 249: pactum de cedendo; ROHG. 11, 1: pactum de vendendo; RG. 12, 302: pactum de emendo; RG. 32, 365; 35, 187; 39, 231: pactum de mutuo dando; RG. 35, 185: Zeichnung für ein künftiges Unternehmen als VV.; RG. 30, 94; 40, 46: Versprechen einer Genossenschaft beizutreten; RG. 30, 147: Versprechen der Aufnahme in eine Gesellschaft; RG. 13, 89; 4, 13 u. 46: Versicherungsvorvertrag; JW. 00, 59[32]: Verlagsvertrag als VV.). Das BGB. schweigt über den Vorvertrag. Es besteht aber kein Grund, an der Rechtsverbindlichkeit solcher Vorverträge zu zweifeln (s. § 343 Anm. 9). Nur müssen sich aus dem Vorvertrag, wenn er nicht ohnehin alles enthält, was zum Hauptvertrag gehört, also mit diesem zusammenfällt, alle wesentlichen Erfordernisse des Hauptvertrags als unmittelbar oder folgeweise vereinbart, nötigenfalls auf dem Weg der Auslegung entnehmen lassen. Die Grundsätze von Treu und Glauben, sowie Handelsgebräuche finden hier ein besonderes Gebiet zur

Digitized by Google

Betätigung (vgl. ROHG. 9, 38; 11, 1; RG. 30, 147; 46, 259; JW. 00, 59[32]). — Über Vorgründungsverträge s. § 182 Anm. 33ff. — Sind für das Hauptgeschäft besondere Formvorschriften gegeben, so gelten die in § 350 Anm. 41 dargestellten Grundsätze. Über das pactum de pignorando s. § 350 Anm. 22. Exk. zu § 361.

L. § 155 BGB. Anm. 88.

Haben sich die Parteien bei einem Vertrage, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde.

I. **Der vorliegende Paragraph enthält eine Ausnahme von der Regel des § 154 BGB.** Anm. 89. Die Ausnahme ist ebenso wichtig, wie verständig. Es kommt häufig vor, daß die Parteien sich über einen Punkt nicht einigen, den Vertrag gleichwohl als geschlossen ansehen und ausführen. Es wäre ungerecht, wollte man hieraus einem Teil das Recht gewähren, nachträglich die mangelnde Einigung gemäß § 154 BGB. geltend zu machen. Deshalb bestimmt der vorliegende Paragraph, daß der Vertrag im übrigen gilt, d. h. es gilt alles Vereinbarte, wenn anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über jenen Punkt geschlossen sein würde.

Über jenen offen gelassenen Punkt gilt dann das, was sich aus dem Gesetze ergibt, wenn nicht die Umstände und die mutmaßliche Absicht der Parteien etwas anderes gebieten (RG. 60, 178). In letzterer Hinsicht vgl. das Beispiel von Neumann, Handausgabe Anm. zu § 154 BGB. Haben die Parteien über einen Kaufvertrag verhandelt und sehen ihn als geschlossen an, obgleich sie sich darüber nicht geeinigt haben, ob das Kaufgeld mit 3 oder mit 3½% verzinst werden soll, so wird man keinesfalls annehmen, daß 4% Zinsen zu zahlen sind, obgleich dies die gesetzliche Regelung ist. Anm. 90.

II. **Mangelnde Willensübereinstimmung läßt den Vertrag nicht zustande kommen.** Anm. 91

1. a) Ein solches Auseinanderfallen des Willens ist gegeben, wenn jede Partei etwas anderes als die Gegenpartei nicht nur innerlich wollte, sondern auch erklärt hat; wenn also die beiderseitigen Erklärungen sich nicht decken (offener Willensdissenz). Ein Vertrag ist alsdann nicht zustande gekommen. Einer Anfechtung bedarf es nicht (RG. 58, 233; ein Beispiel bei Dernburg I § 144 II). Die Sachlage ist keine andere, wenn jede Partei ihren Willen zwar irrtumsfrei erklärte, aber jede Partei sich (z. B. wegen Unbestimmtheit, Unklarheit oder Zweideutigkeit der beiderseitigen Erklärungen) im Irrtum über den Inhalt der Erklärung der andern befunden und deshalb Verschiedenes erklärt hat. Infolge wechselseitigen Mißverständnisses ist alsdann die Willensübereinstimmung eine nur scheinbare (versteckter Willensdissenz). Auch hier fehlt es an der zum Vertragsschluß erforderlichen Einigung (RG. 58, 233; JW. 06, 190[5]); einer Anfechtung bedarf es hier ebenfalls nicht.

b) Haben dagegen die ernstgemeinten beiderseitigen Erklärungen den gleichen Inhalt, Anm. 92. mag diese Übereinstimmung aus dem Wortlaut ohne weiteres oder erst durch Auslegung gefunden werden, so liegt kein Mißverständnis im Sinne fälschlicher Annahme eines Einverständnisses, sondern ein wirklich erklärtes Einverständnis vor. Decken sich so beide Erklärungen, so darf nicht noch weiter gefordert werden, daß auch eine innere Übereinstimmung der Parteien über die Bedeutung ihrer Erklärungen und deren Tragweite vorhanden sein müsse. Der Vertrag ist geschlossen. Die vorhandene Willenseinigung kann nur auf dem Wege der Anfechtung wegen erheblichen Irrtums wieder beseitigt werden (RG. 58, 233 gegen RG. 28, 17; Rehbein I 225; Danz-JheringsJ. 46, 405 vgl. Endemann I § 70 Ziff. 4). Von dem versteckten Willensdissenz unterscheidet sich der durch Anfechtung geltend zu machende Irrtum dadurch, daß in letzterem Falle nur auf Seite eines Kontrahenten ein Zwiespalt zwischen seinem wirklichen Willen und seiner Willenserklärung vorliegt — sei es, daß der Erklärende infolge seines Irrtums nicht erkannte, daß er eine Erklärung des betreffenden Inhalts abgab (Irrtum in der Erklärungshandlung wie Sichverschreiben, Sichversprechen), — sei

Digitized by Google

Exk. zu § 361. es, daß er seinen Willen richtig erklärte, aber auf Grund falscher Vorstellung seine Erklärung unrichtig auffaßte (§ 119 BGB.; RG. 55, 370; JW. 06, 190[5]; ob der Irrtum ein verschuldeter war, kommt für die Anfechtung nicht in Betracht; s. Bolze 3 Nr. 487). So ist z. B. nur Anfechtung wegen Irrtums zulässig, wenn eine Vertragsbestimmung in gewissem Sinne objektiv verstanden werden mußte, ein Vertragsteil aber vorschützt, er habe diese Bestimmung anders verstanden (RG. 58, 233), oder wenn der Käufer nach Unterzeichnung des Bestellscheins behauptet, es seien ihm die gut erkennbaren aufgedruckten Bedingungen entgangen (JW. 01, 495), oder wenn der Verkäufer seine Proben verwechselt und daher die teurere Ware zum Preis der geringeren Sorte anbietet (JW. 98, 208[27]). Nicht hierher gehört ein Irrtum in einer Offerte, hervorgerufen durch falsche Preiskalkulation; hier handelt es sich regelmäßig um einen unbeachtlichen Irrtum im Beweggrund (RG. 55, 370; vgl. Exk. vor § 373 u. Exk. zu § 346 Anm. 7).

Anm. 93. 2. Beispiele werden der Unterscheidung zwischen Willensdissenz (oben Anm. 91) und bloßen Willensmängeln (oben Anm. 92) dienlich sein: der Versicherungsnehmer hat den zu versichernden Gegenstand richtig bezeichnet, der Versicherer hat ihn nach der Bezeichnung aber für einen andern gehalten; beide Erklärungen fallen offensichtlich auseinander (RG. in ElsLothZ. 11, 153). Ein versteckter Willensdissenz liegt vor, wenn der Käufer die auf 200 Ballen lautende Offerte, sei es infolge von Schwerhörigkeit oder einer Sinnestäuschung als eine auf 100 Ballen lautende Offerte verstanden und in diesem Glauben schließlich durch die Worte „schön" oder „gut" die Annahme erklärt hat (s. oben Anm. 59); denn seine Zusage war nicht im Sinne eines Einverständnisses gemeint; ein Vertragsschluß war nicht erfolgt. Eine andere Beurteilung hätte einzutreten, wenn der Käufer die Offerte richtig verstanden und durch die Zusage „gut" oder „schön" angenommen hätte; alsdann war der Vertrag geschlossen, weil beide Erklärungen sich deckten; der Käufer ist auf den Weg der Anfechtung verwiesen, etwa im Hinblick darauf, daß seine Erklärung unrichtig übermittelt worden ist, § 120 BGB., oder daß er eine Annahme der Offerte überhaupt nicht abgeben wollte oder über den Inhalt der Offerte im Irrtum sich befunden hatte (JW. 05, 525[3]). Ebenso ist der Käufer bei obigem Beispiel auf die Anfechtung beschränkt, wenn er die Zahl der Ballen nicht genau verstanden hatte — vielleicht, weil er infolge der früheren Gespräche nur an 100 Ballen dachte und deshalb auf die Zahl nicht genau achtete — und nun, meinend es seien nur 100 angeboten, in der gedachten Form zusagte; hier sind zwei übereinstimmende Erklärungen vorhanden; die Offerte ist richtig zugegangen; nur auf einer Seite, nämlich der des Käufers, ist ein Willensmangel vorhanden. Ebenso ist der Fall gelegen, wenn der Käufer nicht sicher war, ob 200 oder 100 Ballen angeboten waren und aufs Geratewohl die Zusage erteilte in der Unterstellung, es möchten nur 100 Ballen angeboten sein (vgl. JW. 06, 190[5]). Hätte der Käufer auf die Zahl aber überhaupt nicht geachtet, weil es ihm auf die Zahl nicht ankam, so hat er in blanco, d. h. auf die von ihm übernommene Gefahr zugesagt, daß 200 die richtige Zahl sei.

Anm. 94. 3. Beweislast. Wer die Ernstlichkeit seiner Willenserklärung bestreitet, hat außer dem Beweis der Nichternstlichkeit auch noch zu beweisen, daß die Nichternstlichkeit dem Gegner erkennbar war (§ 118 BGB.; RG. 11, 285; JW. 89, 117[38]; Gruch. 37, 97). Wer den Vertragsschluß wegen fehlender Einigung bestreitet, leugnet zwar nur den Klagegrund, so daß der Gegner den Abschluß zu beweisen hat. Ist von diesem aber Offerte und Annahme z. B. im Fernsprechverkehr bewiesen, so muß der den Abschluß Bestreitende darlegen, was er verstanden hat, weil sich alsdann erst zeigt, ob Willensdissenz vorliegt oder nur Anfechtung möglich gewesen wäre. Wer dagegen seine Erklärung wegen Irrtums anficht, schützt eine von ihm voll zu beweisende Einrede vor (JW. 05, 525[3]; SeuffA. 61, 4). Hierbei ist zu beachten, daß die in Irrtum befindlich gewesene Partei ihres Anfechtungsrechts verlustig geht, wenn sie nach Entdeckung ihres Irrtums den auf den Abschluß vertrauenden Gegner, um auf dessen Kosten die Konjunktur auszunutzen, von dem Irrtum nicht in Kenntnis setzt; dies folgt aus den Grundsätzen über Treue und Glauben und aus dem Begriff der gute Sitte (§ 826 BGB.).

Digitized by Google

M. Übergangsfrage. Erk. zu § 361. Anm. 95.

Ob ein vor dem 1. Januar 1900 gestellter Antrag wirksam und bindend ist, richtet sich nicht nur nach dem alten Recht, sondern auch nach dem neuen Recht. Er muß nach altem Recht wirksam und bindend sein; das neue Recht verleiht ihm sonst die Wirksamkeit nicht nachträglich. Denn es ist ein Tatbestand, der unter das alte Recht fällt. Er muß aber auch nach dem neuen Recht wirksam und bindend sein; denn er soll ja erst unter dem neuen Recht angenommen werden; er muß also diese Fähigkeit nach dem neuen Recht haben. Das neue Recht entscheidet über die Gesamtheit der Voraussetzungen der Schuldverhältnisse, welche unter dem neuen Recht entstehen (Art. 170 EG. z. BGB.; vgl. Lehmann ZHR. 48, 86). Danach kann eine Offerte zu einem Grundstückskauf, die vor 1. Januar 1900 gemacht ist, nach diesem Zeitpunkt nur nach den Formen des neuen Rechts angenommen werden (§ 350 Anm. 76).

Anm. 96.

Ist der Antrag nach altem und neuem Recht wirksam und bindend, so muß er nach den Regeln des neuen Rechts angenommen werden. Die Wirkungen des so entstandenen Schuldverhältnisses, d. h. die Art und Weise, wie geleistet werden soll (das Erfüllungsgeschäft) nicht der Inhalt bestimmen sich alsdann nach dem neuen Recht (JW. 04, 196[1]). Die Form des Erfüllungsgeschäfts dagegen richtet sich immer nach dem Recht z. Zt. seiner Vornahme (RG. in DJZ. 03, 31). Für den Vertragsinhalt ist der erkennbare Wille des Antragstellers durchaus entscheidend, weil nach altem und neuem Recht der Parteiwille hier maßgebend ist. War der vor 1. Januar 1900 geschlossene Vertrag mangels Beachtung der vorgeschriebenen gesetzlichen Form ungültig, so wird er nicht dadurch gültig, daß er nach neuem Recht formlos gültig ist (JW. 03 Beil. 42[87]: Gesellschaftsvertrag; JW. 03 Beil. 129[290]: Mitgiftversprechen). War ein Vertrag nach altem Recht verbindlich und ist das Schuldverhältnis vor 1. Januar 1900 entstanden, so besteht es auch unter dem neuen Recht, das einen derartigen Vertrag für unverbindlich erklärt (RG. 57, 17: Ehemaklervertrag; a. M. 6./7. Aufl.).

§ 362.

§ 362.

Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von Jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das Gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von Jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.

Auch wenn der Kaufmann den Antrag ablehnt, hat er die mitgesendeten Waaren auf Kosten des Antragstellers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne Nachtheil für ihn geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren.

Lit. wie zu § 346.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph stellt Ausnahmefälle auf, in denen Schweigen als Annahme der Vertragsofferte gilt. Ob sonst noch Schweigen als Annahme gilt, ist hier nicht entschieden, darüber siehe Anm. 13 und 14 zu § 346 und Erk. zu § 361 Anm. 67 ff.

In Abs. 1 werden die Ausnahmefälle dargestellt und die Folgen des Schweigens festgesetzt; in Abs. 2 wird hinzugefügt, was Rechtens ist, wenn die Offerte abgelehnt wird.

Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Die Fälle, in denen nach der vorliegenden Vorschrift Schweigen als Annahme gilt,** sind:

a) Erster Fall: Einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, geht ein Antrag über Besorgung solcher Geschäfte von jemandem zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht.

Digitized by Google

§ 362. Anm. 2.

α) Der Antrag muß also gerichtet sein auf „Besorgung eines Geschäfts". Die Bedeutung dieses in der Lehre vom Auftrag, vom Dienstvertrag und vom Werkvertrag, besonders in den §§ 662, 675, 677 BGB. § 23 Abs. 2 KO. gebrauchten Ausdrucks ist höchst streitig. Soviel ist sicher, daß § 675 BGB. und ihm folgend § 23 Abs. 2 KO. Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, von solchen Dienst- und Werkverträgen unterscheiden, bei denen dies nicht der Fall ist; folglich kann eine Geschäftsbesorgung nicht Dienste aller Art, sondern nur Dienste besonderer Art zum Gegenstand haben, und zwar sind hier Dienste rein tatsächlicher Art auszuscheiden. Gemeint ist unter Geschäftsbesorgung die Besorgung eines Rechtsgeschäfts für Rechnung eines andern, sei es in eigenem oder in fremdem Namen. Der mit Besorgung eines Rechtsgeschäfts Betraute ist der Beauftragte im Sinne des § 662 BGB., der Mandatar, und wer gegen Entgelt die Besorgung eines Rechtsgeschäfts für einen andern übernimmt, schließt zwar einen Werkvertrag oder einen Dienstvertrag, aber einen solchen besonderer Art: er besorgt ein Geschäft für einen andern. Die Protokolle (II 377) begnügen sich mit dem Ausspruch, in der Regel werde es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei. Die Kommission wollte keine Begriffsbestimmung geben, sondern diese der Wissenschaft überlassen. Art. 323 Abs. 1 alten HGB., der in Absatz 1 unseres Paragraphen übergegangen ist, hatte schon nach seinem Wortlaut nur das eigentliche Mandat im Auge (vgl. ROHG. 5, 170). Das neue Recht wollte hieran nichts ändern; der Ausdruck „Auftrag" wurde durch den Ausdruck „Geschäftsbesorgung" ersetzt, weil das BGB. unter Auftrag die unentgeltliche Besorgung von Geschäften versteht (D. 201). Zieht man diese Grenze nicht, sondern schließt man auch die rein tatsächlichen Geschäfte in den Begriff der Geschäftsbesorgung ein, so entsteht völlige Unklarheit.

Anm. 3.

Die Auffassung, daß der Begriff einer Geschäftsbesorgung möglichst weit zu nehmen sei, weil bei der Vieldeutigkeit des Begriffs von Geschäften der Nachdruck auf deren Besorgung, d. h. auf die Tätigkeit zu legen sei, die auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges rechtlicher oder tatsächlicher Art gelegt werden müsse. (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 517; Lenel JheringJ. 44, 31; Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, 22; Düringer-Hachenburg, die sich namentlich auf Mot. II 526 berufen; dagegen Neumann in Holdheim 12, 32), ist nicht befriedigend; sie vermag sich nicht klar mit der gesetzlichen Unterscheidung abzufinden, daß eine Geschäftsbesorgung nicht Dienste aller Art in sich begreift (weitere Ausführungen hierüber § 362 Anm. 3, 6./7. Aufl.); denn die auf den Erfolg abhebende Begriffsbestimmung trifft für alle Werk- und Dienstverträge zu. An der soeben erwähnten Auffassung hat man verschiedene Einschränkungen vorzunehmen versucht. So soll unter dem Geschäftsbegriff nur die das Vermögen des Geschäftsherrn rechtlich berührende Tätigkeit gemeint sein (so Cosack I § 143 II 1; Leonhard KrVSchr. 44, 411), während nach anderer Meinung (Hellmann, KrVSchr. 44, 125; Jaeger § 22 Anm. 10; Lotmar, Arbeitsvertrag I 274; Bernau JheringsJ. 44, 229) dem Sprachgebrauch zu entnehmen wäre, welche Dienstleistungen tatsächlicher Art als Geschäftsbesorgung zu betrachten sind. Allein das Gesetz kennt keinen Sprachgebrauch; einen Sprachgebrauch des täglichen Lebens aber gibt es nicht. Eine Tätigkeit, welche das Vermögen des Geschäftsherrn nicht berührt, dürfte sich kaum auffinden lassen (vgl. § 362 Anm. 2 6./7. Aufl.). Auch die Entgeltlichkeit (Bernau a. a. O.) und die Selbständigkeit der geschäftlichen Tätigkeit (Crome, System II § 252 I) sind als Unterscheidungsmerkmale vorgeschlagen.

Die Vielheit der aufgestellten Ansichten spricht gerade für die hier verteidigte Auslegung, wonach das Gesetzbuch, das als „Geschäftsfähigkeit" die Fähigkeit zur Eingehung von Rechtsgeschäften bezeichnet, auch unter der „Geschäftsbesorgung" nur die Besorgung von Rechtsgeschäften verstanden wissen will (zust. Dernburg I § 133 IV 1; II 2 § 293 IV).

Digitized by Google

Beispiele: Ein Auftrag zur Geschäftsbesorgung ist hiernach der einem Bankier erteilte Auftrag zur Ausführung eines Börsengeschäfts, der einem Spediteur erteilte Auftrag zur Abschließung von Frachtverträgen, der einem Makler erteilte Auftrag zur Vermittlung eines Vertragsabschlusses (denn der Makler soll den anderen Teil zur Abgabe einer Offerte bewegen und die Offerte entgegennehmen, letzteres ist eine Geschäftsbesorgung), der einem Reisebureau erteilte Auftrag zur Besorgung eines Rundreisebillets, nicht aber der demselben Bureau erteilte Auftrag zur Zusammenstellung eines Rundreisebillets, das letztere ist ein rein tatsächlicher Dienst. Der einem Boten erteilte Auftrag zur Abgabe eines Briefes, sei es auch nur in den nächsten Postbriefkasten, ist ein Geschäftsbesorgungsauftrag, dagegen nicht der einem Schreiber erteilte Auftrag zur Abschrift eines Briefes. § 362, Anm. 4.

Selbstverständlich gehören nicht dazu Aufträge sonstiger Art: Warenbestellungen, Kaufangebote (vgl. ROHG. 5, 170; 7, 338; Bolze 3 Nr. 698; LG. Chemnitz ZHR. 40, 496). Indessen ist damit nicht gesagt, daß bei Warenbestellungen das Schweigen niemals als Annahme gilt. Aus der Verkehrssitte, aus den Umständen des Falles und nach Treu und Glauben, zumal zwischen Personen, die in Geschäftsverbindung miteinander stehen, kann auch hier oft das gleiche sich ergeben (RGHG 22, 130; 17, 224; JW. 87, 191 [10]). Anm. 5.

Überall handelt es sich nur um den Auftrag zur Besorgung des Geschäfts, um die Erteilung des Mandats, nicht auch um den Fall, in dem der Geschäftsbesorger sich zur Besorgung eines Geschäfts erbietet und keine Antwort erhält. Dieser Fall ist hier nicht geregelt. Anm. 6.

β) **Einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften solcher Art mit sich bringt, muß ein solcher Auftrag zugehen.** Der Fall liegt also nicht vor, wenn einem Spediteur ein Maklerauftrag, einem Reisebureau ein Börsenkommissionsauftrag zugeht (Exk. vor § 93 Anm. 10). Anm. 7.

Welche Arten von Kaufleuten gemeint sind, d. h. wann der Gewerbebetrieb die Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, darüber oben Anm. 2 und 3.

Die Kaufmannseigenschaft kann übrigens auf § 1 oder auf § 2 oder auf § 3 Abs. 2 beruhen, es kann auch ein Minderkaufmann sein (§ 4 Anm. 28). Es genügt auch, wenn der Gewerbetreibende nicht Kaufmann ist, aber infolge der Eintragung gemäß § 5 als Kaufmann gilt; ja es ist selbst genügend, daß er infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann gilt (Exk. zu § 5). Anm. 8.

γ) **Von jemand, mit dem der Kaufmann in Geschäftsverbindung steht,** muß ihm der Auftrag zugehen. Dieser „jemand" braucht selbst nicht Kaufmann zu sein. Es genügt also, wenn auf seiten des Geschäftsbesorgers ein Handelsgeschäft vorliegt. Es muß zwischen beiden Parteien eine Geschäftsverbindung bestehen. Über diesen Begriff siehe RG. 28, 322. Die Geschäftsverbindung braucht nicht auf Besorgung von Geschäften solcher Art zu gehen. Anm. 9.

b) **Zweiter Fall: Ein Geschäftsbesorgungsauftrag geht einem Kaufmann zu von jemandem, demgegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.** Anm. 10.

α) **Ein Geschäftsbesorgungsauftrag** muß es sein (oben Anm. 2 u. 3).

β) **Einem Kaufmann** muß er zugehen (hierüber oben Anm. 8). Der Kaufmann braucht hier aber nicht ein Gewerbe zu betreiben, dessen Inhalt die Besorgung von Geschäften solcher Art oder überhaupt die Besorgung von Geschäften ist.

γ) **Von jemandem, dem gegenüber sich der Kaufmann zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.** Wer der Antragende ist, ist gleichgültig, es braucht kein Kaufmann zu sein. Anm. 11.

Auch hier ist ersichtlich, daß es sich nur um den Fall handelt, in dem dem Geschäftsbesorger der Auftrag zur Geschäftsbesorgung erteilt wird, d. h. nur um den Fall, in dem einem Kaufmann, der sich zur Besorgung von Geschäften erboten hat, nunmehr ein solcher Auftrag erteilt wird. In diesem Falle ist Schweigen Annahme. Würde der betreffende Anm. 12

Digitized by Google

§ 362. Kaufmann sich zur Besorgung eines einzelnen Geschäfts erbieten und der andere Teil schweigen, so würde das nicht als Annahme auf Grund des vorliegenden Paragraphen gelten.

Anm. 13. 2. (Abs. 1.) **In diesen beiden Fällen ist der Antragsempfänger verpflichtet, unverzüglich zu antworten.** Unverzüglich bedeutet, hier wie immer, ohne schuldhafte Zögerung (§ 121 Abs. 2 BGB.). Zeit zur Überlegung muß er natürlich haben. — Daß er unverzüglich geantwortet hat, hat der Kaufmann, dem der Antrag gemacht wird, zu beweisen. Denn es ist seine Pflicht, sofort zu antworten und sein Zögern zu entschuldigen. Die Absendung der Antwort genügt; sie geht dann auf Gefahr des Antragenden. Es ist dann Beweisfrage, ob unter besonderen Umständen schon durch den bloßen Nachweis der Absendung mit der Post auch der Empfang des Briefs in Ermangelung von Gegenbeweismomenten als festgestellt angenommen werden darf (ROHG. 13, 46). Ist die Ablehnung bestimmt erfolgt, so kann das Schweigen auf den wiederholten Antrag nicht als Annahme gelten (ROHG. 5, 170).

Anm. 14. Überall ist hierbei zu beachten, daß eine Pflicht zur Geschäftsbesorgung hier nicht ausgesprochen ist (ROHG. 15, 273). Der Antragsempfänger kann ablehnen, nur muß er es ohne Zögern tun. Durch Handelsgebrauch kann aber eine solche Verpflichtung in gewissen Grenzen hergestellt werden, z. B. zwischen Bankiers und Kunden; hier besteht die Pflicht des Bankiers zur Abschließung des zur Lösung des Engagements nötigen Geschäfts, wenn es der Kunde verlangt, und für den Bankier kein neues Risiko entsteht (ROHG. 15, 282; Bolze 12 Nr. 390).

Anm. 15. 3. (Abs. 1.) **Erfüllt der Antragsempfänger die sofortige Antwortpflicht nicht,** so ist der angetragene Vertrag geschlossen. Das Schweigen gilt als Annahme und der erteilte Auftrag, der angetragene Dienst- oder Werkvertrag ist zustandegekommen. Der Geschäftsbesorger ist verpflichtet, den Vertrag zu erfüllen zur Vermeidung aller der Rechtsfolgen, welche die Nichterfüllung eines solchen Vertrages nach sich zieht. *Aber auch der Antragende ist gebunden.* Denn das Schweigen „gilt" als Annahme; damit darf der Antragsempfänger rechnen.

Anm. 16. 4. (Abs. 2.) **Verpflichtung des Antragsempfängers im Falle der Ablehnung.** Treffen die Voraussetzungen des ersten Absatzes zu, so hat der Empfänger selbst im Falle der Ablehnung Pflichten gegenüber dem Antragenden. Der Fall der Ablehnung liegt auch dann vor, wenn der Empfänger mit Abänderungen annimmt (Erk. zu § 361 Anm. 59).

Anm. 17. Die für den Fall der Ablehnung ausgesprochenen Rechtspflichten sind zwar hier nur für den Fall, daß Ware abgesendet wurde, gegeben, sie sind aber entsprechend auszudehnen auf alle sonstigen Fälle des vorliegenden Paragraphen. Immer hat, wenn nur die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen, der ablehnende Antragsempfänger die Pflicht, den Antragenden vor Schaden zu bewahren, soweit es ohne eigenen Nachteil geschehen kann.

Anm. 18. Die gedachte Fürsorgepflicht kann der Antragsempfänger dadurch erfüllen, daß er die ihm übersandten Gegenstände bei einem Dritten oder in einem öffentlichen Lagerhause niederlegt. Einer Ermächtigung des Gerichts bedarf er hierzu nicht. Der frühere Art. 323 Abs. 3, der dem Antragsempfänger dieses Niederlegungsrecht mit Zustimmung des Gerichts gab, ist mit Recht gestrichen worden (D. 202). Will der Antragsempfänger weitergehende Maßregeln ergreifen, etwa den Verkauf der Ware bei drohendem Verderben, so kann er dies allerdings eigenmächtig nicht tun, sondern nur unter Angehung des ordentlichen Prozeßgerichts, etwa im Wege der einstweiligen Verfügung.

Anm. 19. **Zusatz 1.** Der vorliegende § 362 HGB. steht mit dem § 151 BGB. (Erk. zu § 361 Anm. 66) nicht im Widerspruche. Dort ist gesagt, daß *unter Umständen* die Annahme genügt, wenn sie auch dem Antragenden gegenüber nicht erklärt wird. Hier wird ausnahmsweise das *bloße Schweigen* als genügende Annahmeerklärung hingestellt. Die Verschiedenheit der beiden Rechtssätze leuchtet ein. Der Rechtssatz des vorliegenden Paragraphen geht weiter und ist strenger. Beim § 151 BGB. wird immer noch eine Annahmeerklärung oder vielmehr eine Annahmehandlung erfordert, sie braucht nur dem Antragenden nicht kundgegeben zu werden. Unser

Digitized by Google

Paragraph sieht von jeder Annahmeerklärung und jeder Annahmehandlung ab und begnügt sich mit dem bloßen Schweigen. Wo unser § 362 HGB. Platz greift, ist für den Tatbestand des § 151 BGB. kein Raum mehr (vgl. RG. 3, 65). § 362.

Zusatz 2. Eine Ergänzung findet der Rechtssatz des vorliegenden Paragraphen im § 663 BGB. Dieser bestimmt eine unverzügliche Antwortpflicht für jeden, der zur Besorgung gewisser Geschäfte bestellt ist oder sich öffentlich dazu erboten hat. Er lautet: Anm. 20.

> Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich Jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat.

Auf Dienstverträge und Werkverträge, deren Gegenstand die Besorgung von Geschäften ist, z. B. auf die Ankündigungen der Reparaturwerkstätten, ist der § 663 BGB. ebenfalls anwendbar (§ 675 BGB.).

Die Anzeigepflicht besteht sowohl für das Erbieten zu entgeltlicher als auch für das Erbieten zu unentgeltlicher Geschäftsbesorgung gemäß §§ 662, 675 BGB. Vorausgesetzt ist aber, daß der Auftrag auch mit dem Erbieten übereinstimmt. Hat sich daher jemand zu entgeltlicher Besorgung durch Schild, Anschlag usw. erboten, so braucht er einen ihm erteilten Auftrag nicht unverzüglich abzulehnen, wenn der Auftrag auf unentgeltliche Besorgung lautete (so wohl auch Ecк-Leonhard, Vorträge 3, 534). Besondere Umstände können jedoch auch in diesem Fall eine Anzeigepflicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben rechtfertigen. Anm. 21.

1. **Der § 663 BGB. ist nur zur Ergänzung anwendbar.** Nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 362 HGB. nicht Platz greifen, ist der § 663 BGB. anwendbar. Weist, was oft der Fall sein wird, der Tatbestand die Erfordernisse beider Paragraphen auf, so hat der § 362 HGB. den Vorzug (Art. 2 Abs. 1 EG. z. HGB.). Das ist wichtig, weil nach dem vorliegenden Paragraphen die unterlassene Antwort Annahme bedeutet, nicht auch nach § 663 BGB. Hat sich z. B. ein Reisebureau, dessen Inhaber Kaufmann ist, jemandem gegenüber zur Besorgung von Fahrscheinen erboten, und geht ihm nunmehr ein solcher Antrag zu, so erfüllt dieser Tatbestand alle Erfordernisse des § 362 HGB. Es kommt deshalb dieser Paragraph zur Anwendung; der Antrag auf Besorgung eines Rundreisebilletts ist angenommen, wenn er nicht unverzüglich abgelehnt wird, und das Reisebureau kann auf Ausführung dieses Auftrages verklagt werden. Zwar erfüllt dieser Tatbestand auch die Erfordernisse des § 663 BGB. Satz 2. Allein dieser Paragraph kommt nicht zur Anwendung. Anm. 22.
2. **Liegen nun die Voraussetzungen des § 362 HGB. nicht vor, wohl aber die des § 663 BGB.** (d. h. öffentliches Bestellen oder öffentliches Anbieten oder unmittelbares Anbieten zur Besorgung von Geschäften und Erteilung eines solchen Antrages), so ist der Geschäftsbesorger (oben Anm. 2 f.) zur unverzüglichen Anzeige der Ablehnung des Antrags verpflichtet. Lehnt er nicht unverzüglich ab, so kommt der Auftragsvertrag nicht etwa zustande. Daß das Schweigen als Annahme gilt, ist hier nicht angeordnet. Er verletzt nur eine ihm obliegende Rechtspflicht; daraus ergibt sich, daß er dem andern Teil schadensersatzpflichtig ist, weil es allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, daß die Verletzung von Rechtspflichten zum Schadensersatz verbindlich macht (D. 201; Planck § 663 Anm. 4; Erl. zu § 347 HGB.). Anm. 23.
3. **Zu bemerken ist, daß der § 663 BGB. ebensowenig wie § 362 HGB.** (vgl. oben Anm. 19) **mit dem § 151 BGB.** (Anm. 66 Exk. zu § 361) **im Widerspruch steht.** Im letzteren Paragraphen ist angeordnet, daß nach der Verkehrssitte eine Annahme betätigt werden kann ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden. Der vorliegende Paragraph bestimmt hierüber nichts. Er ordnet nicht an, daß das Schweigen Annahme ist, er ordnet auch nicht an, daß die Bewirkung der Leistung Annahme ist, er ordnet überhaupt nichts über die Annahme an, sondern behandelt vielmehr gerade den umgekehrten Fall, daß der Antrag nicht angenommen, sondern abgelehnt wird, und bestimmt, daß dies, die Ablehnung, unverzüglich angezeigt werden muß; Angabe von Gründen ist nicht nötig (Planck § 663 Anm. 1 und 3). Unterläßt der Antragsempfänger diese Anzeige, so gilt zwar der Antrag als abgelehnt, aber Anm. 24.

Digitized by Google

§ 362. für den Schaden, der dem Antragenden dadurch erwächst, daß ihm die Ablehnung nicht unverzüglich angezeigt wurde, ist ihm der Antragsempfänger in dem Falle des vorliegenden Paragraphen verantwortlich (vorausgesetzt, daß nicht etwa der Fall des § 362 HGB. vorliegt und die unterlassene Ablehnungsanzeige daher als Annahme gilt).

Anm. 25. **Zusatz 3. Wegen der Übergangsfrage:** bei Anwendung des § 362 HGB., § 663 BGB. Exk. zu § 361 Anm. 95 f.

§ 363.

§ 363. **Anweisungen, die auf einen Kaufmann über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, können durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten. Dasselbe gilt von Verpflichtungsscheinen, die von einem Kaufmann über Gegenstände der bezeichneten Art an Order ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist.**

Ferner können Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer, Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten sowie Bodmereibriefe und Transportversicherungspolizen durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten.

Lit.: v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung, JheringsJ. 48, 1; Oertmann, Aufrechnung und Anweisung, Recht 05, 33; Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht, 1895; Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen, Arch. f. ziv. Prax. 97, 211; Schreiber, Zur Lehre vom Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, SächsArch. 15, 573; Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, Breslau 1905.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph enthält die Vorschrift, daß gewisse Urkunden unter gewissen Voraussetzungen durch Indossament übertragen werden können.** Diese Urkunden nennt man die handelsrechtlichen Orderpapiere. Von Gesetzeswegen ist Orderpapier die Namensaktie §§ 179, 183. Es gibt aber noch ein Orderpapier, nämlich den Wechsel; er ist von Gesetzeswegen selbst dann Orderpapier, wenn er nicht ausdrücklich auf Order lautet. Entstehung und Erlöschung wechselmäßiger Ansprüche haben ihren Grund allein im Wechselrecht; daher kann ein formell gültiger, aber präjudizierter oder verjährter Wechsel nicht als Anweisung geltend gemacht werden (ROHG. 9, 354; 18, 188). Nur wenn wegen Formmangels gar keine wechselmäßige Obligation entstanden ist, kann in dem so ungültigen Wechsel ein anderes Rechtsgeschäft, z. B. auch eine Anweisung oder bei Ausstellung eines ungültigen eigenen Wechsels ein kaufmännischer Verpflichtungsschein enthalten sein (§ 140 BGB.; ROHG. 6, 130; RG. 48, 230).

Im ersten Absatz des vorliegenden Paragraphen werden die kaufmännischen Anweisungen und die kaufmännischen Verpflichtungsscheine, im zweiten die übrigen handelsrechtlichen Orderpapiere (außer der Namensaktie) erwähnt.

I. (Abs. 1.) Die kaufmännische Anweisung.

Anm. 1. **1. Der Begriff der kaufmännischen Anweisung.**

a) Die kaufmännische Anweisung ist eine Art der Anweisung. Unter dieser ist eine Urkunde zu verstehen, in der jemand (der Anweisende, Assignant) einen anderen (den Angewiesenen, Assignat) anweist, Geld, Wertpapiere (Begriff der Wertpapiere § 1 Anm. 39 f., § 381) oder andere vertretbare Sachen an einen dritten (den Anweisungsempfänger, Assignatar) zu leisten. Das ist nach § 783 BGB. der Begriff der Anweisung überhaupt. Wenn hier nochmals wiederholt wird, daß die Anweisung auf die Leistung von Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen lauten muß, so soll damit der Gegensatz zur Überweisung einer Forderung hervorgehoben werden; letzterer Fall ist z. B. gegeben, wenn der Verkäufer den Käufer anweist, den schuldigen Kaufpreis an einen dritten zu zahlen (FW.

Digitized by Google

02, 79[11]), und wenn ein Bauunternehmer seine Bauhandwerker auf das aus einem Bau- § 363.
gelderdvertrag ihm zufließende Darlehn anweist (Gruch. 40, 950). Diese beiden Beispiele können Forderungsabtretungen, Verträge zugunsten dritter oder Rechtsgeschäfte anderer Art darstellen; Anweisungen sind sie aber nicht, weil der Auftrag nicht auf Zahlung einer abstrakten Summe lautet. Deshalb enthält die Einzahlung eines Geldbetrags auf Rechnung eines dritten ebenfalls keine Anweisung, sondern den Antrag zur Eingehung eines Auftragsverhältnisses (RG. 45, 235 vgl. JW. 86, 238[48]); dagegen ist der Check Anweisung (vgl. Erk. zu § 363).

Die kaufmännische Anweisung ist auch als Anweisung auf Schuld möglich (§ 787 Anm. 2.
BGB.; RG. 11, 138). Von einer Forderungsübertragung unterscheidet sich diese Art der Anweisung dadurch, daß der Anweisende erklärt, er wolle gegen sich die Leistung an seinen Gläubiger, den Anweisungsempfänger, wie ihm selbst gemacht, gelten lassen; daher bewirkt die Anweisung auf Schuld an sich noch keinen Übergang des der Anweisung zugrundeliegenden materiellen Forderungsverhältnisses auf den Anweisungsempfänger (vgl. RG. 39, 373). Sie kann aber so gemeint sein (vgl. RG. 28, 66).

b) Die Anweisung muß auf einen Kaufmann ausgestellt sein, damit sie eine kauf- Anm. 3.
männische, d. h. eine indossierbare ist. Über die Kaufmannseigenschaft s. unten Anm. 22. Sie muß vorliegen zur Zeit der Ausstellung, d. h. zur Zeit der Erteilung der Anweisung und, soweit es sich um die Verpflichtung des Angewiesenen handelt, zur Zeit seiner schriftlichen Annahme. Diese Erklärung eines Kaufmanns gilt im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig, § 344 (JW. 93, 271[22]; ROHG. 9, 113). Der Aussteller der Anweisung kann auch ein Nichtkaufmann sein. Nach Art. 301 alten HGB. war dagegen gerade die von einem Kaufmann ausgestellte Anweisung die kaufmännische Anweisung.

c) Ferner muß die Anweisung so ausgestellt sein, daß die Leistung unabhängig Anm. 4
von einer Gegenleistung ist (unten Anm. 24). Zum Begriffe der Anweisung überhaupt gehört das nicht. Sonstige Bedingungen sind zulässig (vgl. Bolze 1 Nr. 947).

Sie muß an Order gestellt sein, wenn sie indossabel sein soll (siehe unten Anm. 25 und 27).

2. **Wenn die Anweisung alle diese Erfordernisse aufweist, also eine kaufmännische Anweisung** Anm. 5.
ist, so ist sie indossabel. Lediglich diese besondere Wirkung weist sie gegen die Anweisung auf, die die Erfordernisse einer kaufmännischen Anweisung nicht hat, sondern nur die Erfordernisse einer zivilrechtlichen Anweisung. Während die letztere nur in schriftlicher Form unter Übergabe der Urkunde übertragbar ist (§ 792 BGB.), ist die kaufmännische Anweisung durch ein Indossament mit seinen eigentümlichen und stärkeren Wirkungen übertragbar. Die Übergabe der Urkunde muß selbstverständlich hinzukommen (§ 222 Anm. 7; § 364 Anm. 1).

Über Form und Wirkungen des Indossaments siehe die §§ 364, 365.

Daß der Indossatar auch selbst wieder indossieren kann, liegt im Wesen der Anm. 6.
Indossierbarkeit. Aber hervorgehoben mag werden, daß diese Wirkung der Orderklausel auch dadurch nicht aufgehoben werden kann, daß der Indossant die Indossierbarkeit durch eine Klausel verbietet. Ein solche Klausel wäre ungültig (Puchelt Anm. 6 zu Art. 303).

Selbstverständlich kann auch die kaufmännische Anweisung in schriftlicher Form und durch Übergabe des Papiers gemäß § 792 BGB. übertragen werden.

3. **Im übrigen hat die kaufmännische Anweisung die gleichen Wirkungen, wie die zivil-** Anm. 7.
rechtliche Anweisung, also insbesondere:

a) Der Anweisende kann dem Angewiesenen gegenüber die Anweisung widerrufen, solange dieser sie nicht dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen oder die Leistung bewirkt hat (§ 790 BGB.). Der Widerruf macht schadenersatzpflichtig, falls er gegen eine Vertragspflicht verstößt (OLG. Zweibrücken in SeuffA. 58, 62). Der Widerruf kann auch vertraglich ausgeschlossen sein, wenn man sich, wie häufig bei der Anweisung auf Schuld, die Anweisung

Digitized by Google

§ 363. als vertragliche Gegenleistung zur Deckung des Anweisungsempfängers vorzustellen hat (vgl. ROHG. 22, 137; RG. 11, 136). Umgekehrt kann die Anweisung trotz deren Annahme widerrufen werden, wenn zwischen Anweisungsempfänger und Anweisendem ein im Interesse des letzteren eingegangenes Vertragsverhältnis besonderer Art bestand, nach dem der Angewiesene die Annahme nicht unbedingt aussprechen sollte (vgl. ROHG. 1, 72); § 790 Satz 2 BGB. steht nicht entgegen.

Anm. 8. b) Die Annahme der Anweisung erfolgt gemäß § 784 BGB. durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung. Sie kann vor der Fälligkeit und auch bedingt erfolgen (Bolze 3 Nr. 616). Ist die Annahme nicht auf der Anweisung selbst, aber schriftlich geschehen, so kann es ein Schuldversprechen gemäß § 780 BGB. und als solches ebenfalls gültig sein; ist die Annahme mündlich erfolgt, so kann sie als Schuldversprechen gemäß §§ 780, 782 BGB., § 350 HGB. oder als Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB. wirken. So fehlt es z. B. am Begriff einer Anweisung, wenn ein Fabrikant seine Abnehmer angewiesen hat, aus dem Kaufpreis für gewisse künftige Lieferungen an seinen Rohstofflieferanten bestimmte Beträge zu bezahlen, und deshalb der Rohstofflieferant nun weiter liefert; es liegt dann entweder eine Abtretung künftiger Forderungen oder ein Erfüllungsversprechen vor, nicht aber ein nach § 671 BGB. widerruflicher Auftrag (vgl. unten Anm. 18).

Anm. 9. Über die Form der Anweisungsannahme ist im übrigen nichts vorgeschrieben. Es muß nur die Annahme daraus hervorgehen. Es ist zwar nicht, wie im Art. 21 WO., vorgeschrieben, daß jede Erklärung, aus der nicht die Ablehnung der Annahme hervorgeht, genügt. Aber im großen und ganzen wird es auf dasselbe hinauslaufen. So wird z. B. die bloße Unterschrift genügen; dagegen wohl nicht Vermerke, wie „Gesehen", „Vidi" (OG. Wien bei Adler Clemens Nr. 126). Die Annahmeerklärung kann sowohl gegenüber dem Anweisenden als auch gegenüber dem Anweisungsempfänger erfolgen. Dem Anweisungsempfänger gegenüber wird sie jedoch erst mit Aushändigung des schriftlichen Annahmevermerks wirksam (§ 784 Abs. 2 BGB.).

Anm. 10. c) Die Annahme der Anweisung verpflichtet den Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger. Sie erzeugt ein unmittelbares Schuldverhältnis formaler Natur, ähnlich dem Wechselakzept. Dadurch unterscheidet sich die Anweisung einerseits vom Inkassomandat, das nur einen Auftrag zur Einziehung für fremde Rechnung enthält (JW. 02, 606[9]), andererseits vom Kreditauftrag. Letzterer (vgl. § 349 Anm. 52) enthält den Auftrag, mit einem dritten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung unter bürgschaftlicher Haftung des Auftraggebers abzuschließen oder Kredit zu gewähren; die Anweisung dagegen enthält den Auftrag an einen dritten unter alleiniger Haftung des Anweisenden zu zahlen (vgl. ROHG. 3, 14). Eine solche Zahlungsanweisung ist regelmäßig auch das Akkreditiv (RG. 34, 35). Die Verpflichtung des Angewiesenen aus seiner Annahme hängt nicht davon ab, ob etwa eine Forderung des Anweisenden an den Angewiesenen die Veranlassung zur Anweisung gebildet hat, und ob, wenn dies der Fall war, diese Forderung auf den Anweisungsempfänger übergegangen ist. Auch wenn der Angewiesene dem Anweisenden zu nichts verpflichtet war, muß er doch zahlen; lediglich, weil er die Anweisung angenommen hat (JW. 93, 27[22]; 02, 79[11]; ROHG. 22, 141). Daher wird durch Einklagung der angeblich abgetretenen Forderung des Anweisenden gegen den Angewiesenen der aus der Annahme der Anweisung entstandene Anspruch nicht rechtshängig (RG. im Recht 03, 78[317]).

Anm. 11. Als Einwendungen des annehmenden Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger sind nur solche zulässig, die die Gültigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalt der Anweisung oder dem Inhalt der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen (§ 784 Abs. 1 BGB.; über diese Einwendungen vgl. § 364 Anm. 5 ff.). Anders allerdings, wenn der Angewiesene bei der Annahme einen Vorbehalt gegenüber dem Anweisungsempfänger gemacht hat.

Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis des Anweisenden zum Angewiesenen oder zum Anweisungsempfänger kann der Angewiesene dem Anweisungsempfänger

Digitized by Google

also nicht entgegenhalten (RG. 34, 35). Dieser Auffassung steht nicht entgegen, daß der Anweisende (nach § 445 CPO.) als Rechtsvorgänger des Anweisungsempfängers dann zu betrachten ist, wenn nach dem Willen aller Beteiligten durch die Anweisung zugleich eine Umwandlung der Forderung des Anweisenden an den Angewiesenen in eine Forderung des Anweisungsempfängers an den Angewiesenen bewirkt worden ist (RG. 45, 372; SeuffA. 49, 469; gegen diese Entscheidung Dernburg II 1 § 145 Fußnote, weil er sie überhaupt anders versteht). § 363.

Die Einwendungen, die dem Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger zustehen, sind, wenn die kaufmännische Anweisung indossiert ist, dem Indossatar gegenüber nicht gegeben (§ 364 Abs. 2). Ist die Anweisung nicht gegenüber dem Anweisungsempfänger sondern gegenüber einem späteren Erwerber der Anweisung angenommen, so sind natürlich Einwendungen, die dem Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger zustehen, schon nach § 792 Abs. 3 BGB. nicht zulässig. Erwirbt ein dritter von diesem Erwerber die Anweisung, so sind, wenn die Anweisung durch schriftliche Form erfolgt, diesem gegenüber alle Einwendungen zulässig, die gegenüber dem zustehen, dem gegenüber die Annahme erfolgt ist (vgl. jedoch § 405 BGB.: Einwand des Scheins und des vertragsmäßigen Ausschlusses der Zedierbarkeit ist versagt; (unten Anm. 29), bei zulässiger Indossierung aber nur innerhalb der Grenzen des § 364 Abs. 2.

Dem Anweisenden haftet der annehmende Angewiesene nicht unmittelbar (anders beim Wechsel nach Art. 23 Abs. 2 WO.). Anm. 12.

d) Der Anspruch des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen aus der Annahme verjährt in drei Jahren (§ 786 BGB.) wie bei Art. 77 WO. Anm. 13.

e) Verweigert der Angewiesene vor Eintritt der Leistungszeit die Annahme oder bei Eintritt der Leistungszeit die Leistung, so hat der Anweisungsempfänger bei Vermeiden des Schadenersatzes dem Anweisenden unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern, § 121 BGB.) Kenntnis zu geben (§ 789 BGB.). Dieselbe Verpflichtung hat jeder Nachmann des Anweisungsempfängers, dem gegenüber die Weigerung erfolgt ist. Diese Verpflichtung wird sich entweder aus dem vertraglichen Zweck der Anweisung, also mit Hilfe der Auslegung, jedenfalls aber aus §§ 157, 242 BGB. u. § 347 ergeben. Auf demselben Weg gelangt man auch zu einer Verpflichtung des Anweisungsempfängers und seiner Nachmänner, gerichtet auf Vorzeigen der Anweisung mit der Aufforderung zur Annahme und zur Leistung. Anm. 14.

f) Hervorzuheben ist, daß ein Regreßanspruch des Anweisungsempfängers gegen den Anweisenden auf Grund der Anweisung auch bei der kaufmännischen Anweisung nicht besteht. Zahlt der Angewiesene nicht, so kann auf Grund der Anweisung gegen den Anweisenden nicht Regreß genommen werden (ROHG. 13, 313; RG. 44, 159; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 493; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 474, 978). Es muß vielmehr auf das zugrunde liegende obligatorische Verhältnis zurückgegangen werden, und das ist zulässig; denn der Parteiwille ist der, daß zunächst der Angewiesene verpflichtet sein soll, d. h. Anweisung ist eben keine Zahlung (§ 788 BGB.; JW. 01, 867; vgl. ROHG. 7, 47; 10, 133). Das Gleiche gilt von dem Indossanten. Auch gegen diesen gibt es keinen Regreß auf Grund der Urkunde (vgl. unten Anm. 31). Anm. 15.

Die Regreßpflicht eines Inländers, der eine im Ausland zahlbare Anweisung ausstellt, richtet sich im Zweifel nach dem Recht seines Wohnorts oder seiner Handelsniederlassung als dem Recht seines Erfüllungsortes (§ 269 BGB.); das Recht des ausländischen Zahlungsorts entscheidet nur, ob die Zahlung ausgeblieben ist (vgl. RG. 44, 152).

4. **Schließlich muß noch der Vollständigkeit wegen hinzugefügt werden, daß auch die zivilrechtliche Anweisung im Handelsverkehr häufig vorkommt,** so immer dann, wenn ein Kaufmann eine Anweisung auf einen Nichtkaufmann ausstellt. Denn nach dem neuen HGB. ist nur die auf einen Kaufmann ausgestellte Anweisung eine kaufmännische Anweisung. Auf die zivilrechtliche Anweisung greifen die oben zu 3 dargestellten Rechtsregeln Platz; außerdem aber fallen die Beschränkungen und Sonderregeln, die für die kaufmännische Anweisung Anm. 16.

Digitized by Google

§ 363. zu 1 aufgestellt sind, fort. Insbesondere kann die zivilrechtliche Anweisung nicht bloß sonstige Bedingungen und Beschränkungen aufweisen, sondern auch von einer Gegenleistung abhängig gemacht sein.

Anm. 17. Endlich aber muß noch hinzugefügt werden, daß es außer der im BGB. geordneten schriftlichen Anweisung auch noch eine mündliche Anweisung im Rechtsverkehr gibt, und daß nicht anzunehmen ist, daß das BGB., indem es nur für die schriftliche Anweisung Regeln gab, der mündlichen die rechtliche Anerkennung versagen wollte. Das hebt Oertmann (Vorbemerk. vor § 783 BGB.) mit Recht hervor, und mit Recht fügt er hinzu, daß auf diese mündliche Anweisung die für die schriftliche Anweisung gegebenen Rechtsregeln entsprechende Anwendung finden, soweit sie nicht etwa auf die schriftliche Anweisung als solche zugeschnitten sind. Was insbesondere die Annahme der Anweisung betrifft, so kann die mündliche Annahme als solche nicht gelten, höchstens als Schuldversprechen gemäß § 780 BGB., § 350 HGB. (vgl. auch oben Anm. 8).

Anm. 18. 5. **Die Anweisung im Konkurse des Anweisenden.** Die Anweisung wird durch Eintritt des Konkurses des Anweisenden in ihrem Bestand nicht berührt. Es erlischt nicht etwa der in der Anweisung liegende „Auftrag"; denn die Anweisung ist keine Unterart des Auftrags, sondern ein Rechtsinstitut eigener Art. § 23 KO. findet keine Anwendung (Jaeger § 23 Anm. 17—19 gegen Seuffert Konkursprozeß § 27 Note 7). Der Konkursverwalter kann daher die Anweisung in demselben Umfang widerrufen, wie es der Anweisende vor Eröffnung des Konkurses gekonnt hätte (oben Anm. 7); also nicht mehr nach erfolgter Annahme oder Leistung. Der Angewiesene kann die Anweisung nicht mehr mit Wirkung gegenüber der Konkursmasse des Anweisenden annehmen, sobald er Kenntnis von der Konkurseröffnung erhalten hat. Das bestimmt gerade § 8 KO., wie Jaeger (§ 8 Anm. 4) mit Recht hervorhebt (vgl. Simonson in Gruch. 50, 45; a. M. 6./7. Aufl.). Diese Kenntnis wird vermutet, sobald die Konkurseröffnung öffentlich bekannt gemacht ist, während der Leistende die Vermutung des guten Glaubens für sich hat, so lange diese Bekanntmachung nicht erfolgt ist. Die Annahme der Anweisung durch den gutgläubigen Angewiesenen ist auch gegen die Konkursmasse wirksam (vgl. RG. 38, 46; ROHG. 22, 141; JW. 93, 363[63]; Jaeger a. a. O.). Selbst die vor Eröffnung des Konkurses erfolgte Annahme äußert bei Anweisung auf Schuld (oben Anm. 2) und beim Sukzessivlieferungsvertrag für die Zeit nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Anweisenden keine Wirkung, wenn die Anweisung Kaufpreisforderungen des Anweisenden betrifft, die erst dadurch zur Entstehung gelangen, daß der Konkursverwalter nach § 17 KO. in den Kaufvertrag eintritt, also aus Mitteln der Masse zu leisten hat (RG. 11, 139; vgl. auch ROHG. 22, 137; dagegen Jaeger § 17 Anm. 37). Ein verwandter Gedanke liegt auch dem § 21 Abs. 2 KO. zugrunde (vgl. hierüber RG. 40, 125).

Anm. 19. II. (Abs. 2.) **Der kaufmännische Verpflichtungsschein.**

1. **Begriff und Form des kaufmännischen Verpflichtungsscheins:**

a) Der kaufmännische Verpflichtungsschein ist keine Abart eines im BGB. geordneten Instituts. Insbesondere würde man fehlgehen, wollte man ihn als eine Abart des im § 780 BGB. geordneten abstrakten schriftlichen Schuldversprechens betrachten. Die kaufmännische Abart dieses Schuldversprechens ist vielmehr in den §§ 350, 351 HGB. enthalten, in denen bestimmt ist, daß ein von einem Vollkaufmann abgegebenes abstraktes Schuldversprechen der Form überhaupt nicht bedarf.

Anm. 20. Der hier in Rede stehende Verpflichtungsschein aber ist im Gegenteil seinem Wesen nach ein schriftliches Versprechen, eine Urkunde, und umgekehrt gehört zu seinem Wesen nicht, daß der Schuldgrund nicht angegeben ist (unten Anm. 26). Die schriftliche Form wird gewahrt durch die Erfüllung der Erfordernisse einseitiger Schriftlichkeit gemäß § 350 Anm. 42 ff. Selbstverständlich wird hier, wie immer, das Erfordernis der niedereren Form durch die Erfüllung der höheren Form gedeckt. Es liegt also ein kaufmännischer Verpflichtungsschein auch dann vor, wenn die Ausstellung in notarieller Form erfolgt, oder wenn die Form des zweiseitigen schriftlichen oder notariellen Vertrages gewählt ist. Ein wegen Formmangels un-

Digitized by Google

gültiger eigener Wechsel (nicht aber ein präjudizierter oder verjährter Wechsel) kann als Verpflichtungsschein gültig sein (ROHG. 6, 130; 9, 354; 18, 188; RG. 48, 230). § 363.

Der kaufmännische Verpflichtungsschein ist daher ein handelsrechtliches Institut eigener Art. Anm. 21.
Der Begriff ist enger, als der des Schuldscheins nach § 344 Abs. 2. Ein solcher Schuldschein ist schon ein Brief, in welchem ein Schuldanerkenntnis ausgesprochen ist. **Der kaufmännische Verpflichtungsschein soll einen selbständigen Verpflichtungsgrund darstellen und muß deshalb seinem Inhalte nach dazu geeignet sein.** Er muß die Übernahme einer selbständigen Verpflichtung erblicken lassen (ich verpflichte mich, ich zahle; Sie können an meiner Kasse erheben usw.). Ausdrücke wie, „ich erkannte Sie für" usw., „ich habe mir angemerkt, daß Sie mich in Ihren Büchern belastet haben für" usw., dürften der Regel nach nicht ausreichen; sie sind mehr Eröffnungen, Mitteilungen, als Übernahmen selbständiger Verpflichtungen. Doch sind andererseits bestimmte Ausdrücke nicht vorgeschrieben (vgl. RG. 44, 229).

2. **Die Erfordernisse des kaufmännischen Verpflichtungsscheins** (außer den in Anm. 20 u. 21 behandelten, aus dem Begriffe der schriftlichen Verpflichtungserklärung sich ergebenden) sind: Anm. 22.

a) Erstes Erfordernis ist, daß ein Kaufmann ihn ausgestellt hat, d. h. daß ein Kaufmann sich zu der betreffenden Leistung verpflichtet hat. Es kann ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2, auch nach § 4 (Minderkaufmann — vgl. Anm. 28 zu § 4) sein. Auch genügt es, daß § 5 vorliegt (d. h. daß der Betreffende in das Handelsregister eingetragen ist, obwohl sein Gewerbe kein Handelsgewerbe ist). Auch das genügt, daß jemand im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt (Exk. zu § 5). Die Kaufmannseigenschaft in diesem Sinne muß zur Zeit der Ausstellung vorhanden sein und ist im Bestreitungsfall von dem Gläubiger zu beweisen. Daß die Ausstellung des Verpflichtungsscheins zu einem handelsgewerblichen Zwecke erfolgen müsse, ist nicht erforderlich (Bolze 9 Nr. 304; JW. 90, 161[13]). Doch gilt ein von einem Kaufmann ausgestellter Verpflichtungsschein stets als im Handelsbetrieb gezeichnet, sofern sich nicht aus ihm selbst das Gegenteil ergibt (§ 344 Abs. 2). Sollte sich aber auch aus der Urkunde die Nichtzugehörigkeit zum Handel ergeben, so würde doch ein kaufmännischer Verpflichtungsschein im Sinne unseres Paragraphen vorliegen, wenn ein Kaufmann der Aussteller ist (s. § 364 Anm. 7). Der Schein muß von dem Kaufmann unterschrieben sein. Faksimilierte Unterschriften gelten nicht. Nur für Inhaberpapiere ist eine Ausnahme gemacht (§ 350 Anm. 46). Die im Verkehr üblichen Obligationen auf Order aber sind gültig. Das beruht auf Gewohnheitsrecht (Hanke in DJZ. 7, 549).

Prioritätsobligationen, die von industriellen Unternehmungen ausgestellt sind, Anm. 22a.
bilden eine besondere Art kaufmännischer Verpflichtungsscheine (RG. 12, 92). Über den Unterschied zwischen Prioritäts-Vorzugsobligationen und Vorzugsaktien vgl. § 185 Anm. 10. Der Vorzug der Besitzer solcher Obligationen äußert sich nicht allein in ihrer Gläubigerschaft, sondern auch häufig noch in einer gewissen Zinsengarantie oder in der Gewährleistung von Sicherheiten (RG. 12, 92; 14, 94; 22, 61; 31, 90). Die rechtliche Bedeutung dieser Schuldverschreibungen läßt sich nur im Zusammenhang mit dem Gesetz vom 4. Dezember 1899, RGBl. Nr. 47, erörtern, das eine Organisation der Besitzer solcher Verschreibungen vorsieht (hierüber vgl. Könige, Kommentar zu gedachtem Gesetz).

b) Zweites Erfordernis ist, daß der Inhalt der Leistung einen vertretbaren Charakter hat: Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen (über den Begriff der Wertpapiere s. § 1 Anm. 39ff.). Auch auf alternative Leistungen kann der Schein gerichtet sein, aber es müssen beide Alternativen vertretbare Sachen betreffen. Auf eine bestimmte Summe braucht er nicht zu lauten: er kann z. B. auch auf periodische, ihrem Betrage nach unbestimmte Leistungen gehen (z. B.: Genußscheine auf 5% Dividende). Anm. 23.

c) Drittes Erfordernis ist, daß die Verpflichtung zur Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, und zwar in der Urkunde selbst. So z. B. entspricht ein Verpflichtungsschein dahin: „Ich verpflichte mich gegen Lieferung von 20 Wispel Weizen 1000 Mk. zu zahlen" oder umgekehrt „gegen Zahlung von 1000 Mk. 20 Wispel Anm. 24.

Digitized by Google

§ 363. Weizen zu liefern" diesem Erfordernisse nicht. Unter den Begriff der Abhängigkeit von einer Gegenleistung fällt aber nicht die Bestimmung, daß nur gegen Aushändigung der Urkunde (RGHG. 19, 278) oder zugehöriger Nebenurkunden wie Policen, Konnossemente usw. oder gegen Zahlung der Lagerspesen (vgl. RG. 59, 375) geleistet wird. Und ferner ist es dem Verbote nicht zuwider, wenn eine wahre Bedingung an die Leistung geknüpft ist, z. B. wenn ein bestimmter Prozeß gewonnen wird; es darf nur die Bedingung nicht in der Gegenleistung des Gläubigers bestehen (RGHG. 24, 241; Bolze 10 Nr. 386) Dem hier fraglichen Erfordernisse genügen die sog. Besserungsscheine (vgl. Bolze 5 Nr. 207).

Anm. 25. d) Viertes Erfordernis ist, daß die Person des Berechtigten aus der Urkunde hervorgeht. Ein Gutschein, lautend: „Gut für 100 Mk." läßt jede Bezeichnung eines Berechtigten vermissen und ist deshalb ungültig (RG. 8, 35; 14, 102; Bolze 18 Nr. 365). Der Schein muß auf den Namen einer bestimmten Person oder an deren Order lauten (vgl. RG. 8, 35), also nicht lediglich an Order. Die Stellung an Order bedeutet nur, daß der erste Gläubiger und jeder folgende das Recht der Übertragung hat, also z. B. an Herrn Friedrich Müller oder dessen Order (JW. 83, 159[25] und unten Anm. 27 f.). Ungenügend wäre daher ein Schein, der nur „jeden durch Order legitimierten Inhaber" als Gläubiger bezeichnet. Dagegen wäre ein Schein nicht zu beanstanden, der auf „Herrn Friedrich Müller oder den Inhaber" ausgestellt ist. Die Nebenverpflichtung des Ausstellers, an den Inhaber zahlen zu wollen, fällt, als rechtlich ohne Bedeutung, weg (RGHG. 19, 278; vgl. RG. 13, 154). Ist der Schein lediglich auf den Inhaber gestellt, so richtet sich die Gültigkeit nach anderen Grundsätzen (vgl. Exk. zu § 365).

Anm. 26 e) Nicht erforderlich ist, daß die Urkunde den Verpflichtungsgrund angibt oder das Empfangsbekenntnis der Valuta enthält. Es kann also ein abstraktes Leistungsversprechen sein. Andererseits ist die Gültigkeit eines kaufmännischen Verpflichtungsscheins nicht davon abhängig, daß ein abstraktes Versprechen vorliegt (oben Anm. 20). Die Angabe des Verpflichtungsgrundes (selbst wenn er Schenkung war, JW. 84, 176[26]) beeinträchtigt die Natur der Urkunde als kaufmännischen Verpflichtungsschein nicht; mag der Schein an Order lauten oder nicht. Auch dessen Indossabilität wird durch eine solche Angabe nicht berührt, wenn er an Order lautet (RGHG. 7, 201; 8, 431; 24, 237; RG. 12, 95; 32, 82; 44, 230). Irgend eine Fassung, wie z. B. „Gegen diesen Schein zahle ich" ist nicht vorgeschrieben (RG. 32, 82).

Anm. 27. f) Auch ist es an sich nicht erforderlich, daß die Urkunde an Order lautet. Die Stellung an Order (oben Anm. 25) ermöglicht lediglich die Indossabilität (RG. 14, 178; 14, 94 u. 104; 32, 81) mit deren Wirkungen (unten Anm. 30). Fehlt die Orderklausel, so ist der Schuldschein schon als abstraktes schriftliches Schuldversprechen nach § 780 BGB. gültig (vgl. RG. 12, 92 u. 99).

Anm. 28. Der Verpflichtungsschein muß hiernach zum Zweck der Indossierung an Order lauten, und zwar er selbst. Aus der Urkunde selbst muß die Übertragbarkeit durch Indossament hervorgehen (vgl. RG. 13, 154). Das Wort „an Order" braucht natürlich nicht gebraucht zu sein. Gleichbedeutende Ausdrücke (z. B. an N. N. oder sonstigen getreuen Inhaber) haben dieselbe Wirkung (RGHG. 21, 80;23, 293). Stellen an eigene Order ist zulässig; doch hat der Schein in solchem Falle erst mit der Indossierung Wirkung.

Anm. 29. Wenn aber die Stellung an Order fehlt, so ist kein indossabler kaufmännischer Verpflichtungsschein im Sinne des vorliegenden Paragraphen vorhanden. Das trotzdem erfolgte Indossament kann aber vielleicht als Forderungsübertragung gedeutet werden (Bolze 2 Nr. 827; 17 Nr. 327; JW. 96, 285), wenn es auch zu weit geht, mit Dernburg (II 1 § 145 IV) in einem ungültigen Indossament schlechtweg eine Forderungsübertragung zu erblicken. (§ 140 BGB. stützt diese letztere Ansicht nicht; oft, aber nicht immer, werden die Parteien fürsorglich eine solche Übertragung gewollt haben.) Im Falle der Forderungsübertragung stehen dem Schuldner alle Einwendungen zu, die ihm gegen den

Digitized by Google

Abtreter zustanden (vgl. jedoch § 405 BGB.: Der Schuldner kann nicht den Einwand erheben, **§ 363.**
er sei das Schuldverhältnis nur zum Schein eingegangen, oder er habe mit dem Gläubiger vereinbart, er dürfe die Forderung nicht übertragen; es sei denn, daß der neue Gläubiger beim Erwerb die Sachlage kannte oder kennen mußte, oder, wie hinzuzufügen ist, Inkassomandatar des Abtreters ist, § 364 Anm. 16). Bei mehrfacher Übertragung kommt es auf die Gutgläubigkeit des letzten Gläubigers an (OLG. Frankfurt, OLGR. 8, 444).

3. **Die hier angeordnete Wirkung des kaufmännischen Verpflichtungsscheins ist die Indossabilität** (nicht etwa die Verpflichtungskraft überhaupt, oben Anm. 27). Der Schein kann natürlich auch durch Forderungsabtretung übertragen werden (oben Anm. 29, unten Anm. 33). Aber er kann ebenso auch durch Indossament mit seinen eigentümlichen erhöhten Rechtswirkungen übertragen werden. Anm. 30.

Über Form und Wirkung des Indossaments siehe §§ 364, 365.

Zu den Wirkungen des Indossaments gehört nicht, daß dem Indossatar gegenüber dem Indossanten ein Regreßanspruch zusteht. Der betreffende Art. 14 WO. ist im § 365 nicht mit für anwendbar erklärt (oben Anm. 15 u. RG. in HansGerZ. 01 Hptbl. 229). Anm. 31.

Eine besondere Verjährung ist (anders als bei dem Anspruch aus der angenommenen Anweisung, oben Anm. 13) hier nicht vorgeschrieben. Es besteht daher die ordentliche, 30jährige Verjährung. Die kürzeren Verjährungsfristen der §§ 196, 197 BGB. greifen hier nicht Platz; auch dann nicht, wenn der Verpflichtungsschein die causa enthält und die Forderung ihrem Rechtsgrunde nach zu einem der Ansprüche mit kurzer Verjährung gehört. Denn der kaufmännische Verpflichtungsschein stellt eben die Übernahme eines selbständigen Verpflichtungsgrundes dar (oben Anm. 10 u. 21). Anm. 32.

III. (Abs. 2.) **Die übrigen Orderpapiere des HGB.:** Die Konnossemente der Seeschiffer, die Ladescheine der Frachtführer, die Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten, sowie die Bodmereibriefe und Transportversicherungspolicen. Alle diese Urkunden können durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten. Damit ist nicht gesagt, daß sie nur unter dieser Voraussetzung gültig sind. Nur ihre Indossabilität hängt von der Orderklausel ab. Andere Grundsätze entscheiden darüber, ob sie ohne Orderklausel gültig und durch Forderungsabtretung übertragbar sind. Natürlich sind sie es auch dann, wenn sie mit der Orderklausel versehen sind. So wird z. B. die Forderung aus einem Orderladeschein dadurch übertragen, daß der Verkäufer den Schein zum Zwecke der Eigentumsverschaffung an der Ware seinem Käufer übersendet (RGHG. 25, 341; vgl. oben Anm. 29). Über sonstige Einzelfragen vgl. die obigen Erläuterungen. Anm. 33.

Andere Papiere als die im vorliegenden Paragraphen aufgezählten, können aber nicht durch Indossament übertragen werden. Art. 304, der über die Indossierbarkeit anderer Urkunden die Landesgesetze entscheiden ließ, ist gestrichen. Nur bezüglich der Schecks gelten die landesgesetzlichen Vorschriften (Art. 17 u. 21 EG. z. HGB.; vgl. Exk. zu § 363) ebenso bezüglich der Lagerscheine anderer Anstalten, als der im Abs. 2 unseres Paragraphen erwähnten (Art. 16 EG. z. HGB.). Nur die Namensaktien sind noch zu erwähnen; sie sind gleichfalls von Gesetzes wegen Orderpapiere (§ 222 Abs. 3 HGB.); desgleichen der Wechsel. Eine Urkunde, aus der jemand verpflichtet ist, ein Haus zu übereignen, könnte dagegen nicht an Order gestellt werden. Anm. 34.

Zusatz. Die Wirkung der Übergabe der im Abs. 2 unseres Paragraphen genannten Dispositionspapiere. Das Konnossement der Seeschiffer (§ 647), der Ladeschein der Frachtführer (§ 450) und die Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten (§ 424) haben außerdem dingliche Wirkungen in bezug auf das Gut selbst. Ihr Erwerb hat für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen, wie die Übergabe des Gutes selbst. Dies war schon früher (RG. 12, 78; JW. 93, 388[28] u. 547[37]) angenommen, ist aber jetzt in den eben angezogenen Paragraphen ausdrücklich ausgesprochen (vgl. RG. 52, 354). Das Anm. 35.

Digitized by Google

§ 363. Indossament hat hier die Wirkung der Übergabe der Ware, der Umlauf des Papiers bewirkt den Umlauf der Ware (RG. 34, 74; JW. 04, 215[33]).

Anm. 36. Die Übergabe an den Erwerber des Papiers bedeutet hier die Übergabe des Gutes und zwar die körperliche Übergabe, nicht nur eine Ersatzübergabe (RG. 28, 39; 32, 30; JW. 93, 547[37]). Welches Recht am Gute der neue Besitzer des Papiers erwirbt, ob Eigentum oder Pfandrecht oder reine Innehabung, hängt davon ab, in welchem Sinne ihm das Papier übertragen wird (RG. 5, 79; 12, 78). Dabei begründet auch in bezug auf die dingliche Wirkung der Erwerb des gehörig indossierten Papiers die Vermutung des redlichen und gehörigen Erwerbes und die Rechtsfolgen solchen Erwerbes (RG. 4, 147; 32, 30). Vgl. § 365 Anm. 10.

Anm. 37. Es muß hierbei bemerkt werden, daß sich diese dingliche Wirkung nur auf die Übergabe des Dispositionspapiers an den Adressaten erstreckt, nämlich an den, an welchen das Gut nach Inhalt des Papiers ausgeliefert werden soll, oder an den Indossatar des Papiers (wozu natürlich der gehört, der ein mit Blankogiro versehenes Papier durch bloße Übergabe erwirbt), nicht auch an den Übernehmer des durch das Papier verbrieften Anspruchs auf Herausgabe. Das ergibt sich deutlich aus §§ 447, 450, 424, 647, 645 HGB. Allein andererseits muß bemerkt werden, daß die Übergabewirkung des Indossaments nach neuerem Recht nicht mehr ein so bedeutsamer Umstand ist, wie früher. Da nämlich die Aussteller solcher Dispositionspapiere durch die Übernahme der betreffenden Ware in ihren Gewahrsam zum Eigentümer der Ware und ersten Nehmer des Papiers in das Verhältnis eines unmittelbaren Besitzers zum mittelbaren Besitzer treten, so kann auch ohne Indossament die Ware während des Transports veräußert und gutgläubig erworben (§§ 932, 935 BGB.), und auch verpfändet werden (§§ 1205 Abs. 2, 1207 BGB.). Ersteres geschieht durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, also durch Abtretung des Transportpapiers, letzteres durch Übertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger und durch Anzeige der Verpfändung an den unmittelbaren Besitzer. Immerhin ist jedoch im Falle der Abtretung die Wirkung geringer, als bei dem Erwerbe durch Indossament, indem z. B. der durch solche Abtretung erwerbende Übernehmer das Gut nicht lastenfrei, sondern belastet mit dem Rechte des unmittelbaren Besitzers erwirbt, selbst wenn sich der gute Glaube auch darauf beziehen sollte (§ 936 Abs. 3 BGB.). Vgl. § 365 Anm. 10.

Anm. 38. Die Übergabe eines Konnossementsanteilscheins hat nicht die Wirkung der Übergabe eines Teilkonnossements (solche Anteilscheine pflegen vom Verkäufer, der nur einen Teil der Konnossementsware verkauft, dem Käufer dieses Teils oder, wenn er die ganze lombardierte Ware verkauft, dem Konnossementskäufer ausgestellt zu werden). Die Frage wird allerdings vom OLG. Hamburg (OLGR. 10, 409) bejaht, und von Kohler (ABürgR. 18, 86) ist diese Ansicht, welche die Traditionswirkung der Übergabe eines solchen Scheins zuerkennt, als ein Fortschritt mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Interessen bezeichnet. Trotzdem ist diese Meinung nicht zu billigen. Man kann zwar nicht einwenden, daß außer der Übergabe des Scheins zur Eigentumsübertragung noch weiter die Aussonderung des verkauften Teils erforderlich sei (vgl. RG. 52, 386). Denn es handelt sich regelmäßig um gleichartige vertretbare Ware, an der Miteigentum möglich ist. Allein es hat der Anteilschein überhaupt nicht die Bedeutung eines selbständigen Verfügungsscheins, durch dessen Übergabe der Herausgabeanspruch übertragen wird (§ 931 BGB.; vgl. RG. 49, 100). Der Schein bleibt abhängig vom Konnossement, und soll es nach dem Parteiwillen auch bleiben. Deshalb kann der Verkäufer in dem Anteilschein die in ihm bezeichnete Ware auch nur laut Konnossement zur Verfügung stellen, d. h. der Schiffer darf nur an den legitimierten Empfänger des von ihm gezeichneten Konnossements die Ware herausgeben. Stimmt der Anteilschein mit dem Konnossement überein, so ist er schon deshalb neben dem Konnossement bedeutungslos. Stehen Anteilschein und Konnossement miteinander im Widerspruch, so darf der Schiffer doch nur nach Konnossement ausliefern. Der Anteilschein stellt lediglich das obligatorische Recht des Käufers auf Herausgabe der Ware, wie er es bereits durch den Abschluß des Kaufvertrags besitzt, schriftlich fest. Über den wirtschaftlichen Interessen, denen durch Konnossementsvermerk und sonstwie Rechnung getragen werden kann, steht die Verkehrssicherheit. Auch durch § 43 KO. läßt sich nicht ein Aussonderungsanspruch begründen;

Digitized by Google

denn die KO. überläßt die Frage nach dem dinglichen Charakter einer solchen Übergabe dem bürgerlichen Recht. § 363.

So gehören auch Zollniederlagescheine nicht zu den obengedachten Dispositionspapieren (RG. 43, 71).

Exkurs zu § 363. Exk. zu § 363.

Der Scheck (Die Bankanweisung).

Lit.: Kuhlenbeck, Der Scheck, 1890; Cohn in Endemann III § 454; Hoffmann, Der Scheck und das BGB., BankA. 4, 130; Simonsohn, Scheckrechtliche Betrachtungen, ebenda, 70ff.; 82ff. und Gruch. 50, 43 sowie BuschA. 47, 6; v Canstein in ABürgR. 4, 205 und BankA. 4, 101; Klein, Eine neue Phase des Scheckrechts, DJZ. 03, 495; Erlanger, Die Honorierung entwendeter Schecks, BankA. 3, 57; Obst, Das Vordatieren des Schecks, BankA. 3, 202; Heyn, Zur Frage der gesetzl. Regelung des Scheckwesens in Deutschland, BankA. 3, 107; Pavliceck, Zur gesetzl. Regelung des Scheckverkehrs, besonders in Österreich-Ungarn, ÖstAGZ. 56, 307ff., 315ff., 327ff., 344; Scheckgesetzgebung, Holdheim 15, 86.

I. **Der Scheck ist eine Unterart der kaufmännischen Anweisung** (RG. 44, 158; RGSt. 35, 303). Das Reichsrecht (Art. 17 und 21 EG. z. HGB.) hat die Regelung des Scheckwesens dem Landesrecht überlassen. Daher gilt in Elsaß-Lothringen noch das französ. Scheckgesetz vom 14. Juni 1865. Im übrigen Deutschland gilt lediglich Gewohnheitsrecht, soweit nicht die Lehre von der Anweisung und vom Auftrag zu Hilfe kommen. **Wesentlich ist dem Scheck, daß der Aussteller einem Bankhaus in der Urkunde die Anweisung erteilt, aus seinem Guthaben dem Aussteller** (Scheck an eigene Order) **oder einem benannten oder unbenannten Dritten** (dem Überbringer) **einen bestimmten Geldbetrag auszubezahlen.** Der Scheck ist also ein Kassapapier, dem ein Zahlungsziel fehlt; es liegt ein solches Ziel auch nicht in einer Vordatierung des Schecks. Der Scheck soll eben auf Vorzeigen bezahlt und zudem auch alsbald vorgezeigt werden. Der Scheck kann zwar auf Order gestellt werden, wie die kaufmännische Anweisung, und hat dann alle Wirkungen des Indossoments (§ 364, vgl. § 363 Anm. 4, 25 und 27). Allein wegen der Raschheit seines Umlaufs widerstrebt die Indossierung eigentlich seinem Wesen — gerade umgekehrt wie beim Wechsel, der auf Diskontierung eingerichtet ist. Der Scheck unterscheidet sich auch von der kaufmännischen Anweisung. Letztere ermächtigt zur Erhebung von Geld, Wertpapieren und anderen vertretbaren Sachen in eigenem Namen, verpflichtet den Angewiesenen erst durch Annahme zur Leistung (§ 363 Anm. 7ff.) und braucht nicht gerade an eine Bank gerichtet zu sein (§ 363 Anm. 3). Der Scheck dagegen lautet nur auf Geld, ist immer an eine Bank oder einen Bankier gerichtet und verfehlt seinen Zweck als Zahlungsmittel, wenn die angewiesene Bank zur Zahlung nicht verpflichtet ist. Anm. 1.

Eine schriftliche Annahme des Schecks hat zwar dieselbe verpflichtende Wirkung wie die Annahme einer Anweisung (§ 363 Anm. 10); allein sie ist nicht üblich und zwar nicht nur wegen der durch die Annahme bedingten Stempelpflicht (§ 24 Nr. 1 WechselStStG.; ROHG. 19, 73) sondern wegen der Einlösungspflicht der Bank. Voraussetzung dieser Einlösungspflicht ist nämlich ein Bankguthaben, über das der Bankkunde durch Ausstellung des Schecks verfügt (vgl. ROHG. 19, 73). Dieses Guthaben wird, wenn der Bankkunde der Bank nicht die nötigen Werte unmittelbar zur Verfügung stellt, durch einen Krediteröffnungsvertrag (hierüber § 349 Anm. 57), mit dem ein Scheckvertrag verbunden ist, beschafft.

II. **Der Scheckvertrag** besteht in einer Vereinbarung, durch welche die Bank sich ihrem Bankkunden gegenüber unter Eröffnung eines Kontos zur Einlösung der auf sie vom Bankkunden ausgestellten Schecks bis zur Höhe des gleichzeitig bewilligten gedeckten oder ungedeckten Kredits verpflichtet. Das Wesen dieses Vertrags stellt sich als ein mit einer Geschäftsbesorgung verbundenes Auftragsverhältnis gemäß § 675 BGB. dar, so daß jeder Teil jederzeit den Vertrag auch ohne wichtigen Grund kündigen kann; jedoch darf dies nicht zur Unzeit geschehen (§ 671 BGB.), und müssen begonnene Geschäfte noch abgewickelt werden. Der Anm. 2.

Digitized by Google

Erk. zu § 363. Scheckvertrag erlischt nicht durch den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Bankiers (vgl. § 673 BGB.). Aus dem Wesen des Vertrags ergeben sich die folgenden beiderseitigen Pflichten und Rechte:

Anm. 3. 1. Pflicht des Scheckausstellers ist es, sein Guthaben bei der Bank immer auf angemessener Höhe zu halten und keine Schecks auszustellen, denen kein Guthaben entspricht. Zu seinen Schecks muß er die Formulare benutzen, die in dem ihm vom Bankier bei Vertragsschluß übergebenen Scheckbuch enthalten sind, und diese Formulare mit gehöriger Aufmerksamkeit ausfüllen, so daß Fälschungen durch Nachmänner nicht begünstigt werden. Deshalb hat der Scheckaussteller bei den zu Barabhebungen bestimmten weißen Schecks von der am rechten Rand befindlichen gedruckten Zahlenreihe die Zahlen, welche die Scheckjumme übersteigen, abzuschneiden, falls nicht das Durchlochungssystem eingeführt ist; ferner hat er das Scheckbuch gehörig aufzubewahren (DJZ. 05, 463) und die sonst üblichen Vorsichtsmaßregeln zu beobachten, z. B. das Kontogegenbuch der Bank zeitweise einzusehen (RG. 56, 410). Bei Vernachlässigung dieser Sorgfalt, die als vertragsmäßig bedungen zu betrachten ist, kann der Scheckkunde der Bank für ihm entwendete und von Unbefugten benützte Schecks sowie für Scheckfälschungen haftbar werden. Die Reichsbank hat für ihren Giroverkehr eingehende Bestimmungen aufgestellt (Koch in BuschA. 37, 85 und ZHR 23 Beil. Heft 232). Dieselben sind in Deutschland allgemein angenommen worden. Danach muß der Scheck, wenn er nicht zu baren Abhebungen benutzt werden soll, „gekreuzt" werden. Der Aussteller und jeder Nachmann kann den weißen Scheck zu einem gekreuzten Scheck machen, indem die Vorderseite des Schecks mit dem quer über den Text geschriebenen Vermerk „nur zur Verrechnung" versehen wird. Der rote Scheck dient dem reinen Giroverkehr, ist unübertragbar und bildet die Grundlage des Umschreibungs- und Abrechnungsverkehrs der Reichsbank.

Anm. 4. 2. Pflichten des Bankiers:

a) Der Bankier muß den gehörig beschaffenen Scheck annehmen und einlösen, soweit Deckung vorhanden ist. Daß regelmäßig keine Annahme sondern sofort die Einlösung stattfindet, ist oben Anm. 1 dargelegt. Über die schriftliche Annahme eines Schecks gilt übrigens dasselbe, wie über die schriftliche Annahme einer kaufmännischen Anweisung (§ 363 Anm. 8ff.). Die Annahme des Schecks macht denselben nie zum Inhaberpapier, weil es sich nicht um eine eigentliche Inhaberklausel handelt (unten Anm. 7; a. M. Hoffmann 134 und ihm folgend Dernburg II 2 § 239 II Fußnote 6).

Anm. 5. b) Nur den gehörig beschaffenen Scheck hat die angewiesene Bank einzulösen. Die Bank muß also die Unterschrift des Scheckkunden prüfen. Vernachlässigt die Bank oder einer ihrer Angestellten hier die erforderliche Sorgfalt, so entsteht daraus eine Schadensersatzpflicht, soweit nicht den Scheckkunden ein Mitverschulden trifft (§ 254 BGB.; oben Anm. 3 und § 347 Anm. 12ff.; OLG. Karlsruhe in DJZ. 05, 463). Die Legitimation des Inhabers braucht die Bank nicht zu prüfen; mag der Scheck auf den Inhaber gestellt, d. h. an den Überbringer zahlbar sein oder ein Indossament tragen.

Anm. 6. c) Dem Widerruf des Scheckausstellers hat die Bank Folge zu leisten, solange sie den Scheck nicht dem berechtigten Scheckinhaber gegenüber angenommen oder die Zahlung geleistet hat (§ 790 BGB. § 363 Anm. 8). Da in dem Scheckvertrag zugleich ein Auftragsverhältnis liegt (oben Anm. 2), muß die Bank die Annahme des Schecks ablehnen, wenn sie unterstellen muß, daß der Scheckkunde angesichts der dem Bankier bekannten Sachlage den Auftrag widerrufen, also die Abweichung billigen würde (§ 665 BGB.). Daher ist (in RG. 40, 162) eine Girobank, welche einem bankerotten Girokunden dessen Konto gesperrt, aber trotzdem demselben Kunden gleich nachher den roten Scheck eines dritten über 5000 Mark gutgeschrieben hatte, zum Ersatz dieser 5000 Mark angehalten worden. Allerdings im Widerspruch damit steht RG. 54, 329: (Die Reichsbank hatte den ihr durch roten Scheck gewordenen Auftrag, 81000 Mark auf das Konto der Leipziger Bank zu überschreiben, ausgeführt, obgleich ihr die Zahlungseinstellung der Leipziger Bank bekannt war); hierüber Dernburg II 2 § 239 Fußnote 3. Nach RG. 54, 329 wäre der Reichsbank die Unterlassung der Umbuchung

Digitized by Google

nur gestattet gewesen, eine Verpflichtung habe aber nicht bestanden. Allein sollte hier nicht mindestens die Verpflichtung bestanden haben, den Auftraggeber von der Sachlage in Kenntnis zu setzen und dessen Weisung einzuholen? Erk. zu § 363.

III. Die Übertragung des Schecks und deren Wirkungen: Anm. 7.

1. Die Übertragungsform kann, abgesehen vom Reichsbankscheck, bei dem Orderscheck das Indossament sein; aber auch eine sonstige schriftliche Form ist möglich (§ 363 Anm. 33). Die regelmäßige Übertragungsform ist jedoch die durch Inhaberklausel, indem der Scheck auf den Namen einer bestimmten Person „oder den Überbringer" lautet. Durch diesen Zusatz wird der Scheck jedoch nicht zum Inhaberpapier. Die Übertragung bedarf weder beim ersten Nehmer noch bei dessen Nachmännern der Schriftform (vgl. § 792 BGB.), sie erfolgt durch formlosen Begebungsvertrag. Die Inhaberklausel hat hier nur den Zweck, die angewiesene Bank der Legitimationsprüfung zu entheben. Das ist Gewohnheitsrecht (Hoffmann 133).

2. Die Übertragung des Schecks gewährt nur einen persönlichen Anspruch auf Einlösung durch die Bank, soweit diese Deckung besitzt oder Kredit zu gewähren hat. Nur dieser Anspruch geht über und nicht etwa, wie beim Lagerschein, Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht; nicht einmal eine Forderungsabtretung liegt in dieser Übertragung (Simonson in Gruch. 50, 57). Anm. 8.

3. Ein Regreßanspruch des Scheckinhabers gegen den Scheckaussteller findet auf Grund des Schecks nicht statt (RG. 44, 159). Es gilt hier dasselbe, wie bei der kaufmännischen Anweisung (s. § 363 Anm. 15); denn auch die Scheckbegebung ist nicht Zahlung (vgl. RG. 36, 186; 41, 121). Der Scheck wird genommen „Eingang vorbehalten". Der Aussteller steht daher nur dafür ein, daß er ein Guthaben in Höhe der Scheckjumme bei der angewiesenen Bank besitzt, und daß die Bank in diesem Fall einlöst. Im übrigen muß der Scheckinhaber, falls die Bank Zahlung weigert, auf das ursprüngliche obligatorische Verhältnis zurückgehen, wenn er den Aussteller angreifen will (OLG. Dresden in SächsOLG. 24, 426). Der Schecknehmer muß jedoch, bevor er auf seinen Vormann zurückgreifen kann, der Bank den Scheck vergeblich vorgezeigt haben. Es gilt hierbei das zu § 363 Anm. 14 und 15 Ausgeführte, und es kommt noch ein weiteres hinzu: Anm. 9.

4. Der Scheck muß innerhalb einer angemessenen kurzen Frist der Bank zur Annahme oder Einlösung vorgezeigt werden. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem Wesen des Schecks als eines die Barzahlung vermittelnden Papiers. Eine Frist von 4 Wochen ist bereits als eine unangemessene erachtet vom OLG. Dresden in SächsOLG. 24, 426. Ist die Vorlegungsfrist versäumt, so steht der Aussteller nicht mehr dafür ein, daß er bei der Bank ein Guthaben besitzt; wohl aber kann sich aus dem ursprünglichen Vertragsverhältnis eine ungerechtfertigte Bereicherung des Vormannes oder des Scheckausstellers ergeben, wenn die Bank nicht einlöst. Anm. 10.

IV. Einwendungen der angewiesenen Bank: Anm. 11.

1. Der Bank stehen gegen die ihr durch eine Scheckannahme gegenüber dem Scheckinhaber erwachsene Verpflichtung dieselben Einwendungen zu, wie im Fall der Annahme einer kaufmännischen Anweisung (hierüber § 363 Anm. 11). Jedoch steht ihr nicht die Einrede der Aufrechnung zu. Denn die vorbehaltslose Scheckannahme ist dahin zu verstehen, daß der Scheckinhaber auf Barzahlung rechnen kann und die Bank sich älterer Gegenforderungen nicht zur Aufrechnung bedienen wird.

2. Gegenüber dem Scheckkunden, der zum Zweck der Scheckziehung bei der Bank ein Guthaben erlangt hat, darf die Bank nicht mit Gegenforderungen aufrechnen, die aus anderen Geschäften als dem Scheckvertrag herrühren. Die Frage kann beim eigentlichen Depot mangels Gleichartigkeit der Leistungen nicht aufgeworfen werden (§§ 695, 387 BGB.). Die Bank darf sich die Wertgegenstände auch nicht zum Zweck der Deckung ihrer Gegenforderungen zueignen (vgl. RG. 25, 182). Die Frage wird aber bedeutsam, wenn die Bank lediglich Kassenbestände, die sie vielleicht durch Einziehung von Forderungen des Scheckkunden ansammelt, zu dessen Verfügung bereit halten soll (§ 700 BGB.), Anm. 12.

Digitized by Google

Exk. zu § 363. und bei Einräumung eines Giroguthabens. Für den Giroverkehr ist eine Aufrechnung von aus anderen Geschäften stammenden Gegenforderungen mit dem Giroguthaben des Girokunden als der Parteiabsicht widerstreitend in Prot. II 399 anerkannt. Ebenso liegt die Sache aber bezüglich der Kassenbestände, die ja nicht als Spezies aufbewahrt werden, und an denen deshalb kein Zurückbehaltungsrecht gegeben ist (§ 369 HGB.). Denn auch hier sollen die Gelder pünktlich zur Verfügung des Scheckkunden stehen (ROHG. 9, 437; RG. 12, 90; vgl. RG. 25, 182). Nach Prot. II 399 soll es wegen der nahen Verwandtschaft des depositum irregulare mit dem Darlehn auf die aus den Umständen des einzelnen Falls zu ermittelnde Parteiabsicht ankommen, ob eine Aufrechnung zuzulassen sei (wohl ebenso Hoffmann 132). Allein für den Scheckverkehr ist die Unzulässigkeit der Aufrechnung mit nicht aus dem Scheckverkehr entspringenden Gegenforderungen durch das Wesen des Scheckvertrags und Auftragsverhältnisses gerechtfertigt. Die Parteien können selbstverständlich Gegenteiliges bestimmen.

Anm. 13. V. Der Scheck im Konkurse des Scheckausstellers. Gerät der Aussteller des Schecks in Konkurs, so kann der Bezogene, wie dies bei der kaufmännischen Anweisung der Fall ist (vgl. § 363 Anm. 18), den Scheck nicht mehr mit Wirkung gegen die Konkursmasse annehmen noch auch da, wo keine Annahme erklärt, sondern der Scheck gleich bar oder durch Gutschrift eingelöst wird, den Scheck wirksam gegenüber der Masse annehmen, wenn er Kenntnis von der Konkurseröffnung gehabt hat. Hatte das bezogene Bankhaus Deckung, so gehört sie zur Masse. Die Scheckeinlösung bzw. Annahme, durch die der Bezogene aus dieser Deckung seiner Schuldverbindlichkeit an den Aussteller genügt, kann nach § 8 KO. der Masse gegenüber nicht mehr stattfinden. War der Scheck ein Kreditscheck, so konnte der Gemeinschuldner nicht mehr verfügen, sobald der Konkurs eröffnet war; der Bezogene kann nur noch der Konkursmasse gegenüber, aber nicht mehr dem Scheckempfänger gegenüber erfüllen. Der letztere hat aus dem der Scheckbegebung zugrunde liegenden Geschäft als Konkursgläubiger seinen Rückgriff zu nehmen. Der Konkursverwalter kann nicht nach § 17 KO. in den Scheckvertrag eintreten. Ganz abgesehen von der Frage, ob der Scheckvertrag zu den vollkommen zweiseitigen Verträgen zu zählen ist, kann er jederzeit von jeder Seite gelöst werden. Es ergibt sich dies auch aus der Auslegung nach Treu und Glauben, wonach vollkommene persönliche und finanzielle Vertrauenswürdigkeit zum Fortbestand des Vertrags gehört (clausula rebus sic stantibus); vgl. über alle diese Fragen Simonson in Gruch. 50, 43ff.

§ 364.

§ 364. **Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem indossirten Papier auf den Indossatar über.**

Dem legitimirten Besitzer der Urkunde kann der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen.

Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der quittirten Urkunde zur Leistung verpflichtet.

Lit.: Heymann, Die dinglichen Wirkungen der handelsrechtlichen Traditionspapiere, Breslau 1905; Jakobi, Die Wertpapiere, Jena 1901.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Hauptwirkung des Indossaments:** Die Übertragung der Rechte aus dem Papier und die Beschränkung der Einreden gegenüber dem Indossatar (Abs. 1 u. 2). Daran knüpft sich die lose hiermit zusammenhängende Bestimmung des Abs. 3, daß der Schuldner nur gegen Aushändigung der quittierten Urkunde zu leisten braucht.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem indossierten Papier auf den Indossatar über.**

Digitized by Google

a) **Durch das Indossament.** Hinzukommen muß natürlich die Übergabe der Urkunde; **§ 364.**
(der Begebungsvertrag; JW. 00, 255[11]; 98, 361[40]; § 365 Anm. 6). Dies ist bereits
bei der Namensaktie dargetan (§ 222 Anm. 8). Die Übertragung der Reichsbankanteilscheine
richtet sich nach Bankstatut vom 21. Mai 1875 (RG. 22, 183).

b) **Die Wirkung des Indossaments (und der Übergabe des Papiers) ist der Übergang der Rechte** Anm. 2.
aus dem indossierten Papier. Der Indossatar erwirbt nicht nur, wie der Übernehmer, die
Rechte des Abtretenden, sondern die Rechte aus dem indossierten Papier. Sollte daher der
Indossant in Wahrheit ein schwächeres Recht haben, als es aus der Urkunde hervorgeht
(z. B. die nach dem Inhalt der Urkunde am 1. Januar 1901 fällige Schuld ist auf drei
Jahre gestundet), oder sollte er gar kein Recht mehr aus der Urkunde haben (z. B. die Schuld
ist bereits bezahlt), so geht trotzdem das Recht aus dem indossierten Papier, nicht nur, wie
es dem Indossanten zusteht, auf den Indossatar über (RG. 57, 64; näheres unten Anm. 5 ff.).

Dies bezieht sich jedoch nur auf den redlichen Indossatar. Wer nicht durch Anm. 3.
Indossament (oder auf Grund eines Blankoindossaments), sondern nur durch Forderungsabtretung (vgl. RG. 26, 99) oder sonstige zivilrechtliche Rechtsnachfolge erwirbt; wer nur zum
Schein durch Indossament erwirbt, in Wahrheit aber nur Inkassomandatar des Veräußerers
ist (unten Anm. 16); wer mit Kenntnis, daß dem Indossanten ein schwächeres Recht zusteht,
und um dem Akzeptanten die hieraus hervorgehenden Einreden abzuschneiden, erwirbt (unten
Anm. 14), kann jene Vollwirkungen des Indossaments nicht für sich geltend machen.

Alle diese Grundsätze finden ihre nähere Ausführung in dem Rechte der Einwendungen Anm. 4.
gegen die indossablen Papiere, also in der Rechtsregel, die im Abs. 2 unseres Paragraphen
behandelt ist.

Wir gelangen daher zum Abs. 2: dem Recht der Einreden gegen die handelsrechtlichen
Orderpapiere. Es ist jedoch zu betonen, daß nur die Rechte aus dem indossierten Papier
durch das Indossament übergehen, also nicht die außerhalb desselben stehenden Nebenrechte
(Bürgschaft, Vertragsstrafe). Der Grundsatz des § 401 BGB. läßt sich auf das Indossament
nicht übertragen (hierüber Staub, WO. Art. 10 § 4). Wegen der Hypothek siehe jedoch
§§ 1187 ff. BGB., wonach die für eine Forderung aus einem Orderpapier bestellte Hypothek
durch Indossament und Übergabe des Papiers, also auf dieselbe Weise wie die Forderung
aus dem Papier (ohne Einigung und Eintragung) und mit dieser, übertragen wird (Planck,
§ 1187 Anm. 3c). Siehe wegen des Pfandrechts § 1250 BGB. Natürlich können die nicht
von selbst mitübergehenden Nebenrechte mit abgetreten werden (RG. 41, 173; ROHG. 24, 119),
und es gehen immer die durch Zwangsvollstreckung, Konkursfeststellung und Klagerhebung
entstandenen Vorteile über (anders ROHG. 10, 156).

2. (Abs. 2.) **Das Recht der Einreden gegen die handelsrechtlichen Orderpapiere.** Anm. 5.

a) **Der Schuldner kann solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen.**

α) Die erste Klasse der Einreden sind die Einwendungen, die die Gültigkeit der Erklärung
betreffen. Nach Art. 82 der WO., der nur zwei Klassen von Einwendungen enthält,
gehört diese Art der Einwendungen zu denen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen. Sie berühren den objektiven Bestand der Obligation und können daher jedem
Papiererwerber entgegengehalten werden (Staub, WO. Art. 82 § 1). Letzteres gilt auch
hier. Sie zerstören den objektiven Bestand der Verpflichtung und brauchen aus der Urkunde nicht immer hervorzugehen. Sie können daher jedem Erwerber gegenüber geltend
gemacht werden. Dahin gehört der Einwand, daß die Unterschrift von einer Person geleistet
ist, die nicht berechtigt war, den Aussteller des Verpflichtungsscheins zu vertreten (ROHG.
16, 337); ferner der Einwand der mangelnden Geschäftsfähigkeit (der Aussteller sei geisteskrank, minderjährig usw.).

An sich gehören auch die aus dem Mangel der Willenserklärung (Irrtum, Betrug, Anm. 6
Zwang) hergeleiteten Einwendungen dazu. Denn auch sie betreffen die Gültigkeit der Er-

Digitized by Google

§ 364. klärung in der Urkunde. Allein gegenüber dem Rechte aus einem indossierten Papier können nur solche aus Willensmängeln hergeleitete Einwendungen als in rem wirkend, den objektiven Bestand der Obligation berührend betrachtet und deshalb jedem Erwerber gegenüber zugelassen werden, die aus dem Gesichtspunkte eines Verkehrspapiers diese Wirkung verdienen. Und das sind nur solche Einwendungen, durch die geltend gemacht wird, man habe überhaupt eine Urkunde der betreffenden Art nicht unterschreiben wollen. Hat man aber eine Urkunde dieser Art unterschreiben wollen, und macht man nur geltend, man sei durch Irrtum oder Täuschung dazu bewogen worden, so ist das im Verkehr, d. h. dem redlichen Indossatar gegenüber hier und beim Wechsel (Staub WO. Art. 82 §§ 9 u. 25) ebensowenig stichhaltig, wie der Einwand des Irrtums oder Betrugs bei der Zeichnungserklärung gegenüber der gegründeten Gesellschaft (§ 189 Anm. 25, § 213 Anm. 4; vgl. Erk. zu § 349 Anm. 29). Auch der Einwand, daß der Verpflichtungsschein ohne Willen oder zwar mit Willen, aber ohne den Willen, eine Verpflichtung zu begründen, in die Hand des Nehmers gegeben ist, gehört dazu. Aber auch hier versagt der Einwand, wenn der Verpflichtungsschein in der Hand eines gutgläubigen Dritten gekommen ist.

Anm. 7. β) Die zweite Klasse der zulässigen Einwendungen sind die Einwendungen, welche sich aus dem Inhalte der Urkunde selbst ergeben. (Vom Standpunkte des Art. 82 WO. gehören auch diese Einwendungen zu denen, die aus dem Wechselrecht hervorgehen; Staub Art. 82 § 1.) Vornehmlich gehören dazu die Mängel der Form der Urkunde, wenn z. B. die Anweisung nicht gehörig angenommen oder die Orderklausel mangelhaft ist. Weitere Beispiele: Der Verpflichtungsschein enthält die Quittung über die geschehene Zahlung, diese kann einem jeden Erwerber entgegengehalten werden. Oder ein Verpflichtungsschein stellt sich seinem Inhalte nach als Zinscoupon dar, der Anspruch auf Verzugszinsen würde mit dem aus dem Inhalte der Urkunde hergenommenen Einwande aus § 289 BGB., nach dem Verzugszinsen von Zinsen nicht gefordert werden können, abgeschlagen werden können (ROHG. 10, 213). Würde aus der Urkunde selbst hervorgehen, daß der Aussteller kein Kaufmann ist (z. B. obwohl ich kein Kaufmann bin, so verpflichte ich mich doch Herrn N. N. oder dessen Order), so würde der Einwand der mangelnden Indossabilität aus der Urkunde selbst hervorgehen. Es würde sich als solcher Einwand aber nicht charakterisieren der Einwand, daß der in der Urkunde angegebene Schuldgrund in Wahrheit nicht besteht, daß z. B. das Darlehn, über welches der Verpflichtungsschein lautet, in Wahrheit nicht gegeben ist (RG. 12, 99; 14, 101). Denn es geht ja nicht aus der Urkunde hervor, daß das Darlehn nicht gegeben ist, und deshalb kann dem redlichen Indossatar dieser Einwand nicht entgegengesetzt werden. Trägt das Blankoindossament eines Konnossements den Vermerk „Nur zur Spedition durch A an B", so muß sich A gefallen lassen, daß nicht er, sondern B als Eigentümer und Ladungsempfänger behandelt wird, für den er nur Bevollmächtigter ist (JW. 99, 255[11]).

Es kann nicht im Weg der Auslegung eine Einrede aus der Urkunde hergeleitet werden, deren tatsächliche Unterlagen nicht einen, wenn auch nur unvollkommenen Ausdruck in der Urkunde selbst gefunden haben.

Anm. 8. γ) Die dritte Klasse der Einwendungen bilden die, welche dem Schuldner dem legitimierten Besitzer gegenüber unmittelbar zustehen. Das bedeutet: alle die Einwendungen, die zwischen dem jedesmaligen Papiergläubiger und dem Schuldner bestehen, ist der letztere geltend zu machen nicht verhindert.

Anm. 9. Zwischen dem ersten Nehmer des Verpflichtungsscheins und dem Schuldner sind alle Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis zulässig, auch wenn sie auf Abreden oder sonstigen Tatsachen beruhen, die nicht aus der Urkunde hervorgehen, wie z. B. der Differenzeinwand (RG. 51, 361). Voraussetzung ist dabei, daß der Nehmer sich durch die Geltendmachung des Verpflichtungsscheins ungerechtfertigt bereichern (§§ 812, 821 BGB.), oder daß diese Geltendmachung einen gegen Treu und Glauben verstoßenden Mißbrauch des formalen Rechts bedeuten würde (vgl. § 350 Anm. 14).

Digitized by Google

Denn auch der Verpflichtungsschein soll nur das wahre Recht verwirklichen, nicht dem Unrecht und Scheinrecht zum Siege verhelfen. Er soll nur das wahre Recht leicht und glatt verwirklichen. Gibt der Verpflichtungsschein den Verpflichtungsgrund an, so braucht der Schuldner in diesem Falle weiteres nicht darzulegen, sondern kann, hieran anknüpfend, seine Einwendungen aus diesem Verpflichtungsgrund geltend machen (ObLG. in ZHR. 35, 261). Die Angabe des Schuldgrundes kann gerade in der erkennbaren Absicht erfolgt sein, gewisse Einreden vorzubehalten. Nur der Einwand, daß der Verpflichtungsschein nicht im Betriebe des Handelsgewerbes ausgestellt ist, ist auch dem ursprünglichen Nehmer gegenüber verschlossen (§ 344 Abs. 2); wohl aber kann dem ursprünglichen Nehmer der Einwand entgegengesetzt werden, daß der Aussteller kein Kaufmann ist. Wird dieser Einwand bewiesen, so fällt auch die Fiktion des § 344 Abs. 2. Denn diese setzt die Kaufmannseigenschaft voraus. Dabei ist aber nicht außer acht zu lassen, daß die in § 363 aufgeführten Orderpapiere nicht voraussetzen, daß sie sich auf den Handelsbetrieb des betreffenden Kaufmanns, auf den sie lauten, beziehen. — Auch die Aufrechnung mit andern Forderungen ist gegen den Anspruch aus dem Verpflichtungsschein zulässig. Erwirbt der ursprüngliche Nehmer den Schein wieder, so können ihm wieder alle ursprünglichen Einwendungen entgegengesetzt werden (ROHG. 1, 60). § 364.

Ebenso können jedem späteren Indossatar alle die Einwendungen entgegengesetzt werden, die persönlich zwischen ihm und dem Schuldner bestehen. Hat z. B. der spätere Indossatar mit dem Schuldner einen Vergleich über die aus der Urkunde hervorgehende Verbindlichkeit abgeschlossen, hat er diesem die Schuld gestundet, steht dem Schuldner gegen den Indossatar eine Gegenforderung zu, so kann der Schuldner ihm alle diese Einwendungen entgegensetzen, weil sie ihm unmittelbar gegen den legitimierten Besitzer zustehen. Ist der Indossatar in Konkurs geraten oder ist sein Recht gepfändet worden, so sind dies Einwendungen, die dem Schuldner gegenüber dem jedesmaligen Gläubiger zustehen. Ferner aber ist es auch ein zulässiger persönlicher Einwand, wenn gemäß § 816 BGB. geltend gemacht wird, der Indossatar habe zwar redlich, aber unentgeltlich erworben, und müsse die Bereicherung doch wieder herausgeben, da der Vormann zur Verfügung über den Schein nicht befugt war. Anm. 10.

δ) Dagegen können alle die Einwendungen, welche unter diese drei Klassen von Einwendungen nicht gehören, dem Indossatar nicht entgegengehalten werden, also insbesondere nicht solche Einwendungen, die dem Schuldner gegen irgend einen Indossanten zugestanden haben, wenn sie nicht etwa sich als solche darstellen, die die Gültigkeit der Urkunde betreffen oder sich aus der Urkunde selbst ergeben. In dieser Beschränkung der Einwendungen besteht die erhöhte Wirkung, die rechtsverstärkende Eigenschaft des Indossaments, dessen Unterschied von der Forderungsabtretung (vgl. RG. 26, 99). Man kann dieses Ergebnis nicht dahin zusammenfassen: „Es sind hiernach alle Einreden zulässig, ausgenommen solche aus der Person eines Vorbesitzers“ (vgl. Oertmann Anm. 3c zu § 796 BGB.). Denn auch die aus der Person des Vorbesitzers herrührenden Einwendungen kann man geltend machen, wenn sie in dem hier erörterten Sinne die Gültigkeit der Urkunde selbst betreffen oder aus der Urkunde hervorgehen. Anm. 11.

ε) Welche Einwendungen im einzelnen hiernach zulässig sind, welche nicht, darüber lassen sich an dieser Stelle Einzelausführungen nicht machen. Aushelfen muß hier das im Wechselrecht Erörterte (vgl. daher Staub, WO. zu Art. 82). Nur zur Veranschaulichung mag folgendes dienen: Es kann dem Indossatar der Einwand der Zahlung nicht entgegengehalten werden, wenn auch an den Vormann Zahlung geleistet ist; es sei denn, daß auf der Urkunde selbst quittiert worden ist (RG. 9, 62; ROHG. 11, 18). Es würde nicht zulässig sein der Einwand der Stundung, wenn auch der Vormann eine Stundung ausgesprochen hätte; nicht zulässig der Einwand, daß der Schein dem ersten Empfänger für ein reines Differenzgeschäft oder ein unklagbares Börsentermingeschäft gegeben wurde; es würde dem gutgläubigen Dritten nicht einmal der Einwand zulässig sein, der Schuldner habe den Verpflichtungsschein als Blankett (RG. 14, 22; 33, 44) oder infolge einer Täuschung Anm. 12.

Digitized by Google

§ 364. des ersten Empfängers gegeben, sofern nur die Absicht vorwaltete, einen Verpflichtungsschein der betreffenden Art zu unterschreiben (vgl. ROHG. 6, 61), noch auch die Einrede des Wuchers (RG. 8, 97; vgl. RG. 39, 142) oder der nicht bezahlten Valuta (RG. 4, 265).

Anm. 13. b) **Nur dem legitimierten Besitzer** der Urkunde gegenüber besteht diese Beschränkung in den Einreden, d. h. nur dem gegenüber, der durch ein reines redliches Indossament Eigentümer des Papiers und demgemäß Gläubiger der Rechte aus dem Papier geworden ist (vgl. Anm. 3).

α) Sie besteht zunächst nicht gegenüber dem Gläubiger, der durch zivilrechtlichen Erwerb das Papier erworben hat: durch Abtretung, durch Pfändung und Überweisung, durch Erbgang. Ein solcher Erwerber erwirbt nur die Rechte seines Vormannes, d. h. die Rechte, welche dieser durch seine Erwerbsart erworben hatte (RG. 26, 99). Dagegen liegt in dem zivilrechtlichen Erwerbe keine rechtsverstärkende Übertragung. Es ist zwar die gewöhnliche Art, wie man sonstige Forderungen erwirbt, aber für handelsrechtliche Orderpapiere ist es ebenso eine anomale Sonderrechtsnachfolge, wie beim Wechsel (Staub WO. Art. 82 § 3). Man kann auch hier von einer anomalen Orderpapierrechtsnachfolge sprechen, wie beim Wechsel von einer anomalen Wechselrechtsnachfolge. In gewissem Sinne hat freilich auch die Abtretung eines Verpflichtungsscheines rechtsverstärkende Kraft, da nach § 405 BGB. der Einwand, die Urkunde sei nur zum Schein ausgestellt oder die Abtretung sei vertragsmäßig ausgeschlossen, dem gutgläubigen Erwerber der Urkunde gegenüber nicht zulässig ist (vgl. § 363 Anm. 29). Im übrigen muß sich der Zessionar alle Einwendungen gefallen lassen, die der Schuldner gegen den Zedenten erheben kann (RG. 33, 147).

Anm. 14. β) Sodann gilt jene Beschränkung in den Einreden nicht dem gegenüber, der das Papier hinsichtlich der Einwendungen unredlich erwirbt. Zur Annahme einer solchen Unredlichkeit genügt die Kenntnis des Erwerbers von den dem Schuldner gegenüber dem Veräußerer zustehenden Einwendungen noch nicht. Es sind vielmehr die Voraussetzungen einer exc. doli nötig (über die exc. doli s. § 346 Anm. 19), d. h. die durch das Indossament bewirkte formale Legitimation muß zu dem Zweck bestimmt gewesen sein, dem Verpflichteten seine aus der Urkunde nicht ersichtlichen Einwendungen abzuschneiden. Die Unredlichkeit erfordert hier also ein arglistiges Verhalten (ROHG. 25, 302; RG. 4, 100; 32, 72 und 129; 57, 65). Die gegenteilige Ansicht der 6./7. Aufl. kann nicht aufrecht erhalten werden. So trifft die vorstehende Voraussetzung z. B. zu, wenn sich der Erwerber vorschieben läßt, um den Veräußerer an einer Aufrechnung zu verhindern (ROHG. 13, 263), oder ihm die Einrede, daß er vertragsmäßig aus dem Verpflichtungsschein nicht in Anspruch genommen werden dürfe (ROHG. 23, 338) oder den Differenz- oder Spieleinwand (RG. 45, 158; 52, 39) abzuschneiden, oder wenn der Erwerber an sich indossieren läßt, in dem Bewußtsein, daß die Annahme des Verpflichtungsscheins durch Betrug von dem Indossanten erwirkt worden ist (RG. 4, 100). Die Kenntnis des Erwerbers, daß der Schuldner den Anspruch nicht anerkenne, genügt nicht; es muß das Bewußtsein von der Unbegründetheit des Anspruchs und die Kollusionsabsicht auf seiten des Erwerbers vorhanden sein, und zwar im Augenblick des Erwerbs (Bolze 10 Nr. 362). Jedoch darf der Erwerber, wenn er erst im Lauf des Prozesses sich von einem durch den Veräußerer verübten Betrug überzeugt, nicht den in eigenem Namen geltend gemachten Anspruch aufrecht erhalten, um dem Veräußerer die Früchte seines Betrugs zu sichern; sonst handelt er selbst arglistig (RG. 4, 100). Das hier dargestellte arglistige Verhalten macht sogar nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig (RG. 51, 360), weil es gegen die guten Sitten verstößt. Etwas anderes ist es aber, wenn der Verpflichtungsschein von dem Schuldner dem ersten Nehmer aus Gefälligkeit gegeben worden ist. Hier hat, wenn der erste Nehmer den Verpflichtungsschein einklagt, der Schuldner den Einwand, daß er ihm gegenüber nicht verpflichtet sein sollte. Jeder Dritte kann aber den Schein erwerben, wissend von diesem Einwande und doch redlich; vorausgesetzt, daß er ein eigenes Interesse an der Verfolgung des Anspruchs hatte (RG. 32, 128). Denn dem Dritten will ja gerade der Schuldner haften (Staub WO.

Digitized by Google

§ 22 zu Art. 82). Es ist das eine Einwendung, die eine ausschließliche Beziehung zu der Person des bisherigen Gläubigers hat. Auch bei der Forderungsübertragung gibt es solche höchst persönliche Einreden (Dernburg II 1 § 140 II). **§ 364.**

Wer hiernach unredlich erwirbt, ist doloser Indossatar. Solche Rechtsnachfolge ist ebenfalls eine anomale, und einem solchen Erwerber gegenüber stehen die Einwendungen zu, die dem Vormanne gegenüber zustanden und hinsichtlich deren dem Erwerber eine Unredlichkeit beim Erwerbe zur Last fällt. Diese Einwendungen gehen also verloren, wenn das Papier in die Hand eines redlichen Erwerbers kommt, mag auch der Vormann arglistig erworben haben. Anm. 15.

γ) Ferner aber bezieht sich die Beschränkung in den Einreden nicht auf eine dritte Klasse von Sonderrechtsnachfolge. Wie der Wechsel, so können auch die handelsrechtlichen Orderpapiere durch ein versteckes Inkassomandat = Indossament übertragen werden. Man muß dieses Institut hier ebenso für zulässig erklären, wie beim Wechsel (Staub, WO. Art. 17 §§ 5 ff.) und bei der Aktie (§ 222 Anm. 16 ff.). Aber man kann ihm natürlich auch hier nur die Wirkung beilegen, die sich aus seinem Wesen ergibt. Wer durch solches Indossament den Verpflichtungsschein erwirbt, erwirbt in Wahrheit nicht das Eigentum am Papier, sondern nur den äußeren Anschein. Er soll nach außen als Eigentümer gelten; aber in Wahrheit macht er ein fremdes Recht geltend, und deshalb muß er sich auch die Einwendungen gefallen lassen, die dem Schuldner gegenüber dem Indossanten zustehen; auch die Einrede rechtskräftig entschiedener Sache (RG. 43, 42). [Anders natürlich der gutgläubige Dritte, der vom Inkassomandatar erwirbt (RG. 20, 114)]. Sein Recht ist ebenso schwach und ebenso stark, wie das Recht seines Indossanten; denn es ist ja in Wahrheit das Recht des Indossanten, und nur der äußere Schein spricht für ein eigenes Recht. Der Schein muß aber der Wahrheit weichen, wenn diese aufgedeckt wird. Auch hier kann man füglich von einer anomalen Sonderrechtsnachfolge vom Standpunkt der Lehre vom Indossament sprechen (RG. 4, 100; 11, 9 und 41, 114: teils Voll- teils Inkassoindossament). Die Sicherheitsübereignung dagegen hat keine Ausnahmsstellung hinsichtlich der gegen die handelsrechtlichen Orderpapiere zulässigen Einreden (über Sicherheitsübereignung vgl. § 368 Anm. 94 ff. und über das Inkassomandat dort Anm. 106). Anm. 16.

c) **Über die Beweislast** gelten die Grundsätze des Wechselrechts. Wer sich auf die Urkunde stützt, hat zunächst genug bewiesen. Wer dem gegenüber dartun will, daß trotzdem die aus der Urkunde hervorgehende Verbindlichkeit nicht besteht, hat alle Tatsachen darzulegen, aus denen sich dies ergibt (RG. 4, 149; Näheres Staub, WO. Art. 82 § 69); selbst eine Fälschung (JW. 00, 854[9]), wenn die Echtheit der Unterschrift feststeht. Anm. 17

3. (Abs. 3). **Zahlung kann nur gegen Aushändigung der quittierten Urkunde verlangt werden.** Bei Teilzahlungen kann nur Quittung auf dem Papier verlangt werden. Anm. 18.

Was Art. 39 WO. in dieser Hinsicht vorschreibt, entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Mehr kann der Schuldner nicht verlangen. Aber der Gläubiger braucht Teilleistungen überhaupt nicht anzunehmen (§ 266 BGB.; der Art. 38 WO. ist nicht entsprechend anwendbar). Bei verloren gegangenen Urkunden kann vorherige Amortisation verlangt werden. Über die Rechte des Gläubigers nach Einleitung des Amortisationsverfahrens s. § 365 Anm. 13.

Zusatz 1. Über das Indossament zum Zwecke des Pfandrechts vgl. § 368 Anm. 15 u. 26. Anm. 19

Zusatz 2. Übergangsfrage. Es muß geprüft werden, wann das betreffende Rechtsverhältnis entstanden ist. Danach richtet sich die Frage, welches Recht Anwendung findet (Art. 170 EG. z. BGB.). Dabei kommt in Betracht, daß durch die Indossierung zwischen dem Indossatar und dem Schuldner ein unmittelbares Schuldverhältnis entsteht (RG. 9, 46). Unzulässig scheint es, die für Schuldverschreibungen auf den Inhaber gegebene Übergangsvorschrift des Art. 174 EG. z. BGB. (wonach für die nach dem 1. Januar 1900 „ausgestellten", gleichviel wann aufgegebenen Schuldverschreibungen auf den Inhaber alle, für die vor dem 1. Januar Anm. 20.

Digitized by Google

§ 364. 1900 „ausgestellten" Schuldverschreibungen auf den Inhaber die meisten Vorschriften des BGB. zur Anwendung gelangen) hier entsprechend zur Anwendung zu bringen. Das ist eben eine Ausnahmevorschrift (s. JW. 03, 155[18]).

Anm. 21. **Zusatz 3. Über die Abtretung der Orderpapiere** und ihre Wirkungen vgl. § 363 Anm. 29. 30, 33.

§ 365.

§ 365. In Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Besitzers und der Prüfung der Legitimation sowie in Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe, finden die Vorschriften der Artikel 11 bis 13, 36, 74 der Wechselordnung entsprechende Anwendung.

Ist die Urkunde vernichtet oder abhanden gekommen, so unterliegt sie der Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens. Ist das Aufgebotsverfahren eingeleitet, so kann der Berechtigte, wenn er bis zur Kraftloserklärung Sicherheit bestellt, Leistung nach Maßgabe der Urkunde von dem Schuldner verlangen.

Litt.: Staub, Wechselordnung, Berlin, 1901 (4. Aufl.); Rehbein, Wechselordnung, Berlin, 1904 (7. Aufl.); J. u. M. Stranz, Wechselordnung, Berlin (9. Aufl.); Jakobi, Die Wertpapiere, Jena, 1901, §§ 20 u. 40ff.

Der vorliegende Paragraph gibt noch einige weitere Bestimmungen über das Indossament.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Form des Indossaments.** Die Bestimmung hierüber ist getroffen durch Bezugnahme auf Art. 11—13 WO. Die nähere Erläuterung dieser Bestimmungen würde hier zu weit führen. Deshalb muß die Verweisung auf die Kommentare zur Wechselordnung genügen. Nur kurz sei erwähnt:

Anm. 2. a) Nach Art. 11 WO. muß das Indossament auf der Urkunde oder einer Allonge geschrieben sein. Ein Indossament auf selbständiger Urkunde ist ungültig. Ob es als Abtretung gelten kann, ist besonders zu prüfen (§ 363 Anm. 29).

Anm. 3. b) Nach Art. 12 WO. ist auch das Blankoindossament zulässig. Dies ist ein Indossament ohne Nennung des Indossatars (vgl. RG. 43, 41).

Anm. 4. c) Nach Art. 13 ist es aber auch zulässig, daß die Urkunde auf Grund des Blankoindossaments durch bloße Übergabe, ohne Indossament, durch sogenannte Blankotradition, weiter begeben wird.

Anm. 5. d) Hinzuzufügen ist aber, daß außer der Form des Indossaments auch noch die Übergabe der Urkunde zur Wirksamkeit der Übertragung erforderlich ist (§ 364 Anm. 1).

Anm. 6. e) Und weiter ist hinzuzufügen, daß außer der Form und der Übergabe auch noch ein gültiger Begebungsvertrag erforderlich ist, sowohl beim Indossament, als auch bei der Blankoübergabe (Staub WO. Art. 9 § 3; RG. 2, 90; 5, 84; 35, 76; JW. 00, 255). Indessen wird nach diesen Entscheidungen das Vorhandensein eines solchen vermutet.

Anm. 7. 2 (Abs. 1.) **Legitimation des Besitzers und Prüfung der Legitimation.** In dieser Hinsicht ist Art. 36 WO. für maßgebend erklärt. Danach wird die Legitimation durch eine zusammenhängende Kette von Indossamenten geführt, deren Echtheit der Schuldner nicht zu prüfen braucht. Geringe Abweichungen der Namen sind unerheblich, wenn die Identität feststeht (RG. in SeuffA. 48 Nr. 106). Auch ist der Einwand, daß es eine als Indossatarin bezeichnete Person gar nicht gegeben habe, nicht zulässig, wenn der äußere Zusammenhang der Indossamente vorhanden ist (RG. 55, 47). Ausgestrichene Indossamente gelten als nicht geschrieben. In der Legitimationskette ist ein zivilrechtlicher Begebungsakt dem Indossament gleichartig. So kann auch eine Abtretung, eine Pfändung und Überweisung, ein Erbgang, eine Fusion zweier Aktiengesellschaften dazwischen liegen. Die Legitimationskette kann da-

Digitized by Google

durch äußerlich, laut Urkunde, unterbrochen sein, während sie in Wahrheit nicht unterbrochen ist. (Näheres Staub WO. zu Art. 36; Rehbein Ziff. 3 zu Art. 36—40; J. u. M. Stranz zu Art. 36). Hat ein wegen Formmangels ungültiger Wechsel den Charakter eines Verpflichtungsscheins (§ 363 Einl.), so schadet ein Protest mangels Zahlung der Legitimation, die ein Blankoindossament gewährt, nicht (RG. 48, 232). Daß die Abtretung auf dem Papiere beurkundet sein müsse, ist nicht nötig. Sie kann sogar auch mündlich erfolgen (vgl. RG. 10, 197; anders Dernburg II 2 § 268, 2); doch ist die Übergabe des Verpflichtungsscheins als Trägers des Rechts auch bei einer Abtretung nötig (Rehbein Ziff. 2 zu Art. 9—17; RG. 26, 100). **§ 365.**

3. (Abs. 1.) **In betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe gilt Art. 74 der Wechselordnung.** Danach wird der nach Art. 36 legitimierte Besitzer nur dann zur Herausgabe verpflichtet, wenn ihm beim Erwerbe des Wechsels böser Glaube oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Der hiernach gutgläubige Erwerber braucht ihn nicht herauszugeben (und auch der Schuldner kann ihm den Mangel des materiellen Begebungsvertrags nicht entgegenhalten). Diese Vorschrift war notwendig, weil die Vorschriften das BGB. und des HGB. über den redlichen Erwerb von Sachen (§§ 932—936 BGB. und § 366 HGB.) sich zwar auf bewegliche Sachen und Inhaberpapiere, nicht aber auf Orderpapiere beziehen. Anm. 8.

Dieser Schutz reicht jedoch erheblich weiter als der auf den §§ 932—936 BGB. und § 366 HGB. beruhende Denn der Art. 74 greift bei jedem gutgläubigen Erwerbe Platz, der gute Glaube mag sich auf das Vorhandensein des in Wahrheit nicht vorhandenen Eigentums des Veräußerers beziehen, oder auf die fehlende Verfügungs- oder Vertretungsbefugnis, oder auf die in Wahrheit nicht vorhandene Volljährigkeit, oder auf die Echtheit des in Wahrheit gefälschten Indossaments (Rehbein zu Art. 74 u. 76 u. Anm. 1, 10, 15 zu Art. 9—17; teilweise dagegen Dernburg II 2 § 249 III, § 276 III 1c), und alles dies ohne Rücksicht darauf, ob die Veräußerung durch einen Kaufmann in seinem Handelsgewerbe erfolgt ist oder nicht. Mit andern Worten: der gute Glaube heilt alle Mängel des materiellen Begebungsvertrages. Die §§ 932—936 BGB. und der § 366 HGB. dagegen reichen nicht so weit: der gute Glaube heilt hier schlechtweg nur das mangelnde Eigentum des Veräußerers; der Mangel der Verfügungs- oder Vertretungsbefugnis wird nur dann geheilt, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußert. Der Mangel der Geschäftsfähigkeit des Veräußerers wird hier überhaupt nicht durch den guten Glauben des Erwerbers geheilt. Diese Bevorzugung der Gutgläubigkeit gilt natürlich nicht zugunsten dessen, der während der Dauer des Konkurses vom Gemeinschuldner erwirbt. Das verbietet § 7 KO. Wohl aber nützt dem Dritterwerber sein guter Glaube. Ebenso ist der Schutz des Art. 74 WO. auch insofern bevorzugt, als er schlechtweg auf abhanden gekommene Orderpapiere Anwendung findet, wie das auf dem Gebiete der beweglichen Sachen ausnahmsweise bei Geld und Inhaberpapieren der Fall ist. Anm. 9.

Den im § 363 Abs. 2 aufgezählten Dispositionspapieren muß hierbei eine besondere Betrachtung gewidmet werden. Anm. 10.

Bei ihnen hat, wie in Anm. 35 ff. zu § 363 auseinandergesetzt ist, die Übergabe des Papiers dieselben Wirkungen wie die Übergabe des Guts (§ 929 BGB.), wenn die Übergabe zum Zweck des Eigentumserwerbs an der Ware erfolgt ist. Man kann hier nicht von Ersatzübergabe nach § 930 BGB. oder von Abtretung des Herausgabeanspruchs (sog. Vindikationsabtretung) reden. Infolgedessen erwirbt der gutgläubige Indossatar des Papiers dasselbe Recht an dem Gute, welches er an dem Papiere erwirbt, und wird demgemäß auf Grund des in Anm. 9 erörterten weitgehenden Schutzes erheblich günstiger gestellt, als durch den Erwerb des Gutes gemäß §§ 932—936 BGB. und § 366 HGB. Wenn in der 5. Auflage Art. 305 § 4 gemäß RG. 4, 149 angenommen wurde, daß der gutgläubige Erwerber des Dispositionspapiers nicht das Recht an dem Gute erwirbt, welches er an dem Papiere erwirbt, so kann dies nicht aufrechterhalten werden. Es würde dadurch die Unstimmigkeit entstehen, daß der gutgläubige Indossatar des Papiers unter Umständen zwar im Besitze des Papiers ge-

Digitized by Google

§ 365. schützt wird, nicht aber auch im Besitze der Ware, er würde unter Umständen ein dingliches Recht am Papier, nicht aber auch ein dingliches Recht an der Ware erwerben. So z. B. wenn der Indossatar geglaubt hat, der Indossant, der kein Kaufmann ist, sei zwar kein Eigentümer, aber doch berechtigt, über die Ware zu verfügen. Der Indossatar würde in solchem Falle das Eigentum am Papier nach § 365 Abs. 2 und Art. 74 WO. erwerben, aber nicht das Eigentum der Ware, weil die Voraussetzungen des § 932 BGB. und § 366 HGB. nicht Platz greifen. Oder wenn der Indossatar keinen Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der das Indossament unterschreibenden Person hatte, während diese in Wahrheit nicht geschäftsfähig ist, so würde in diesem Falle weder § 932 BGB., noch § 366 HGB. Platz greifen, weil sich beide auf den guten Glauben nicht beziehen, welcher in dem Glauben an das Vorhandensein der in Wahrheit mangelnden Geschäftsfähigkeit besteht, wohl aber würde Art. 74 WO. Platz greifen, bei welchem der gute Glaube alle Mängel des materiellen Begebungsvertrags heilt; der Indossatar würde also nach der gegenteiligen Meinung das Papier zum Eigentum erworben haben, nicht aber auch die Ware. Derartiges wollen gerade die §§ 424, 450, 647 HGB. beseitigen; Indossament und Papierübergabe sollen ja hier gerade dieselben Wirkungen haben, wie die Übergabe des Guts, d. h. es soll so angesehen werden, als sei nicht das Papier, sondern das Gut der Gegenstand des Rechtsaktes. — Die Wirkung und der Umfang des solchergestalt erzeugten gesetzlichen Schutzes reicht im übrigen ebensoweit, wie beim Schutz des redlichen Erwerbes im Fall der Veräußerung durch körperliche Übergabe nach §§ 932ff. BGB. und § 366 HGB.: d. h. der Papiererwerber erwirbt das Eigentum des Gutes, auch wenn der Veräußerer es nicht hatte, und zwar frei von dem etwaigen Rechte eines Dritten, mit dem die Sache belastet ist, vorausgesetzt, daß er hinsichtlich dieses Rechts des Dritten gutgläubig war. Hinsichtlich der Wirkung und des Umfanges des Schutzes kann daher auf die Erläuterungen zu § 366 verwiesen werden. Dabei ist insbesondere darauf aufmerksam zu machen, daß die Übergabe des Dispositionspapiers hier so wirkt, wie die Übergabe des Gutes, nicht nur, wie ein Übergabeersatz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Daraus folgt, daß auch die etwa von dem Schuldner an Dritte bestellten Rechte an der Sache, sowie die dem unmittelbaren Besitzer an der Sache zustehenden Rechte, zugunsten des gutgläubigen Erwerbers ebenso erlöschen, wie bei der körperlichen Übergabe nach § 932 BGB.; es bleibt nicht etwa, wie in dem Falle, daß die Veräußerung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erfolgt, das Recht des Dritten bestehen, auch wenn der Erwerber hierin gutgläubig ist; nicht § 936 Abs. 3, sondern § 936 Abs. 1 S. 1 BGB. findet entsprechende Anwendung. Wenn z. B. der Eigentümer seine Ware, über welche er ein Konnossement in Händen hat, nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Sachen (Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs und Anzeige an den Schiffer) verpfändet, und alsdann das Konnossement an einen andern indossiert, so erwirbt der gutgläubige Indossatar das pfandfreie Eigentum der Ware (vgl. auch § 366 Anm. 14 u. 42, § 368 Anm. 26f.).

Anm. 11. Ob sich das alles auch auf die Verpfändung von Waren durch Indossierung der Dispositionspapiere bezieht, darüber s. Anm. 29 zu § 368.

Wohl aber bezieht sich das alles nur auf den Erwerb des durch Dispositionspapiere verbrieften Guts, der sich durch Indossierung des Papiers vollzieht, also auf den nach Art. 36 WO. legitimierten Erwerber, wie Art. 74 WO. ausdrücklich sagt. Wer seinen Erwerb auf sonstigen Rechtserwerb stützt, wird nur nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften geschützt, d. h. es müssen beim Eigentumserwerb die Voraussetzungen der §§ 932–935 BGB. und des § 366 HGB. vorliegen, und beim Pfanderwerb gelangen die §§ 1205, 1207 BGB., § 366 HGB. zur Anwendung, und auch die Wirkung gutgläubigen Erwerbs richtet sich hiernach (über die Verschiedenheit in der Wirkung siehe oben Anm. 9f.). Ein solcher anderweiter Rechtserwerb liegt einmal vor bei der Übergabe des Dispositionspapiers vom Aussteller an den im Papier bezeichneten ersten Adressaten (dieser Fall gehört nicht unter § 365 Abs. 2 bzw. Art. 74 WO., da diese Gesetzesstellen nur von der Wirkung des Indossaments handeln) und ferner bei Abtretung des Dispositionspapiers (RG. 33, 147).

Digitized by Google

Aber selbst wenn der Erwerb sich durch Indossierung vollzogen hat, kann eine Herausgabepflicht auf Grund besonderen Rechtstitels bestehen, wie dies z. B. der Fall ist, wenn der Kommissionär die dem Kommittenten gebührenden Schecks mit dessen Einverständnis auf sich indossieren läßt (RG. 41, 4). § 365. Anm. 12.

4. (Abs. 2.) **Abhanden gekommene oder vernichtete Orderpapiere** können aufgeboten werden. Anm. 13.
Das Verfahren richtet sich nach §§ 1003 ff. CPO. Vor der Kraftloserklärung kann der Berechtigte, also beim Blankoindossament der letzte Inhaber, die Leistung nicht verlangen, wohl aber nach der Kraftloserklärung, und dann nur der Antragsteller (§ 1018 CPO.). Das Papier kann nunmehr nur noch abgetreten, nicht auch indossiert werden (vgl. Staub, WO. Art. 73 § 11). Die Erteilung eines neuen Papiers kann nicht verlangt werden (anders beim Inhaberpapier, § 800 BGB.). Außerdem bestimmt unser Abs. 2, daß nach Einleitung des Aufgebotsverfahrens die Leistung gegen Sicherheitsleistung verlangt werden kann (nicht auch, wie nach Art. 73 WO. Hinterlegung ohne Sicherheitsleistung). Die Sicherheitsleistung richtet sich nach §§ 232—240 BGB. Das eingeleitete Aufgebotsverfahren bedeutet einen Mangel im Recht (hierüber § 381 Anm. 1 ff.), hindert aber noch nicht die Gutgläubigkeit des späteren Erwerbers (Jakobi 117; vgl. ROHG. 5, 240). Ist das Ausschlußurteil aber erlassen, so ist das Papier auch in der Hand des redlichen Erwerbers für kraftlos erklärt. Wer das Urteil erwirkt hat, ist nun allen aus der Urkunde Verpflichteten gegenüber der Alleinberechtigte (Staub Art. 73 Anm. 11; Rehbein Art. 73 Anm. 6e; vgl. RG. 49, 132).

Zusatz 1. Auch hier ist zu erwähnen, daß die wechselrechtlichen Vorschriften über den Regreß nicht anwendbar sind. Der Anweisungsempfänger hat daher kein Regreßrecht gegen den Anweisenden wegen nicht erfolgter Zahlung durch den Angewiesenen; der Indossatar hat kein Regreßrecht gegen den Indossanten weder bei der Anweisung noch beim Verpflichtungsschein, noch bei den sonstigen Orderpapieren (vgl. § 363 Anm. 15 u. 31). Anm. 14.

Zusatz 2. Dagegen wird das Prokura-Indossament auch bei den anderen Papieren anerkannt, obwohl es nur für den Wechsel ausdrücklich im Gesetze geordnet ist. Es gilt als das, als was es gewollt ist, als Vollmacht (RG. 41, 118). Von der gleichen Anschauung geht Dernburg (II 2 § 264, 2) aus. Eigentümer des Papiers bleibt der Prokuraindossant, und es muß sich der Prokuraindossatar alle Einreden aus der Person des Indossanten entgegenhalten lassen (ROHG. 6, 44; RG. 20, 114; 27, 129; 32, 129; näheres bei Rehbein Art. 9—17 Ziff. 27 u. Staub WO. sowie J. u. M. Stranz zu Art. 17). Anm. 15.

Exkurs zu § 365. Exk. zu § 365.

Von den Inhaberpapieren.

Lit.: Brunner bei Endemann II 196; ders. in ZHR. 22, 1 ff., 59 ff., 505 ff.; 23, 225 ff.; Jakobi, Die Wertpapiere, Jena, 1901, §§ 41 ff.; Ritter, Die allg. Lehren des Handelsrechts (Anhang), Berlin 1900; Kempner, Die jur. Natur der Lebensversicherungspolicen auf den Inhaber, Berlin, 1902; dazu Bendix in Zeitschr. f. d. ges. VersW. 3, 248; Langen in ABürgR. 27, 161 (Kreationstheorie); Seelmann, Das Straßenbahnbillet, ABürgR. 25, 186.

1. **Eine zusammenfassende Regelung des Rechts der Inhaberpapiere ist weder im BGB., noch im HGB. gegeben.** Das BGB. regelt nur die Rechte der Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793—806) und das Recht der unechten Inhaberpapiere, der sog. Legitimationspapiere (§§ 807, 808 BGB.). Außerdem geht aus den §§ 935, 1207 u. 1293 BGB. hervor, daß der Eigentumserwerb und Pfanderwerb an Inhaberpapieren und die Folgen redlichen Erwerbs des Eigentums und Pfandrechts sich decken mit den betreffenden Regeln über den Rechtserwerb bei beweglichen Sachen. — Das HGB. behandelt zwar eine besondere Art von Inhaberpapieren, nämlich die Aktien, ohne jedoch über sie nach allen Richtungen zusammenfassende Vorschriften zu geben. Hier werden die Regeln des BGB. über die Inhaberschuldverschreibungen entsprechend angewendet (§ 179 Anm. 8; § 223 Anm. 17 ff.). Anm. 1

Digitized by Google

Erk. zu § 365. 2. **Die Schuldverschreibungen auf den Inhaber.** Die wichtigsten Rechtsregeln über sie sind:

Anm. 2. a) Die bloße Inhaberschaft des Papiers gibt die Legitimation zur Geltendmachung des Rechts (§ 793 BGB.). Daraus folgt, daß der Inhaber kraft der Inhaberklausel zur Geltendmachung des Rechts durch die bloße Innehabung berechtigt ist, und daß der Schuldner befreit wird, wenn er an den Inhaber leistet, auch wenn dieser in Wahrheit nicht der Berechtigte ist (§ 793 BGB.; RG. 13, 153; 28, 109). Besitz im juristischen Sinn ist nicht notwendig. Anderseits genügt auch nicht jeder juristische Besitz, z. B. nicht der mittelbare Besitz. Der Inhaber muß vielmehr Vorzeiger des Papiers und zur Ausfolgung gegen Leistung imstande sein (§ 797 BGB.). Wer die Schuldverschreibung anderswo hinterlegt hat, ist nicht berechtigt, gegen Vorlegung des Hinterlegungsscheins die Leistung zu begehren. Indessen ist die Inhaberschaft nur eine zu vermutende Legitimation. Der wahre Berechtigte ist doch nur der, dem das materielle Verfügungsrecht über das Papier zusteht (§§ 793, 932, 935 Abs. 2 BGB.). Hieraus folgt: Der Schuldner kann die Verfügungsberechtigung nachprüfen und die Leistung verweigern, wenn er dem Papierinhaber die mangelnde Verfügungsbefugnis nachweisen kann. Der Schuldner muß sogar die Leistung verweigern, wenn er weiß (nicht schon dann, wenn er es aus Fahrlässigkeit nicht weiß), daß der Inhaber keine Verfügungsbefugnis hat, und außerdem für diese Kenntnis den Nachweis erbringen kann. Mit andern Worten: Der Schuldner darf trotz des äußerlichen Rechts, das die Innehabung dem Inhaber verleiht, nicht leisten, wenn diese Leistung mit dem Begriffe von guten Sitten nicht verträglich ist. (So auch Dernburg II 1 § 149 I 2; Oertmann § 793 Ziff. 4; vgl. § 366 Anm. 22, 23, 30). Liegen die Umstände aber so, daß der Schuldner voraussichtlich nur schwer den Nachweis der ihm bekannten Nichtberechtigung des Inhabers liefern kann, so entscheidet Verkehrssitte und Handelsgebrauch, ob dem Schuldner unter den gegebenen Umständen die Leistungsverweigerung und die Tragung der daraus sich ergebenden Gefahr zugemutet werden darf. Denn auch dieser Gesichtspunkt ist nicht außer acht zu lassen, wenn es sich um die Wahrung der guten Sitte handelt. Daher wird der Schuldner durch Leistung an einen Geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Papierinhaber regelmäßig befreit. (So mit Recht Gierke in DJZ. 05, 92 gegen Oertmann in DJZ. 04, 1127).

Anm. 3. b) Zur Entstehung des Rechts bedarf es keines Vertrages zwischen dem Emittenten und dem ersten Nehmer, noch irgendeines freiwilligen Begebungsaktes. Es genügt, daß die Urkunde einerseits geschaffen ist, andrerseits in die Hände eines redlichen Erwerbers gelangt ist (Kreationstheorie; § 794 BGB.; s. RG. 59, 387).

Anm. 4. c) Im Inlande ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, dürfen nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden. Sonst sind sie nichtig (§ 795 BGB.). Das gilt auch für Inhaber-Grundschuldbriefe (RG. 59, 387); nicht aber für Inhaberzinsscheine (Dernburg II 1 § 148 II). Auch ist das Ausstellen und Inverkehrbringen ohne diese Genehmigung strafbar (§ 145a StGB.). Über die Zulässigkeit der Ausgabe ausländischer Inhaberpapiere entscheidet der Emissionsort (ROHG. 12, 302; vgl. RG. 4, 139).

Anm. 5. d) Der Aussteller kann dem Inhaber nur solche Einwendungen entgegensetzen, die die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen (§ 796 BGB.). Die Formulierung dieser Einwendungen ist genau dieselbe, wie bei dem Orderpapier in § 364 Abs. 2. Sie deckt sich inhaltlich mit den nach Art. 82 WO. zulässigen Einwendungen (vgl. über diese Einwendungen § 364 Anm. 5 ff. und Dernburg II 1 § 149 II).

Anm. 6. e) Das Recht verjährt in zwei Jahren nach dem Ende der Vorlegungsfrist, wenn aber das Papier eine Leistungszeit nicht bestimmt, in 30 Jahren nach Erwerb des Papiers (§§ 198, 801 BGB.).

Anm. 7. f) Die Zwangsvollstreckung in Inhaberpapiere erfolgt wie die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen; nur daß, wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis haben, der Verkauf aus freier

Digitized by Google

Hand durch den Gerichtsvollzieher zum Tageskurs erfolgt (§ 821 CPO.). Wegen der Vollstreckung in Aktien s. § 223 Anm. 14. Erk. zu § 365.

3. **Auf die sonstigen Inhaberpapiere** finden die vorliegenden Vorschriften insoweit Anwendung, als ihre Sondernatur dem nicht entgegensteht. Wegen der Aktien vgl. § 223 Anm. 16 ff. wegen des Inhaberlagerscheins § 424. Anm. 8.

4. **Auf die unechten Inhaberpapiere** (Karten, Marken, Billette und ähnliche Urkunden) finden die obigen Regeln zu a, b und d der Ziffer 2 entsprechende Anwendung (§ 807 BGB.). Anm. 9.

5. **Mit den inhaberähnlichen Papieren** oder hinkenden Inhaberpapieren, d. h. mit Urkunden, in denen zwar ein bestimmter Gläubiger benannt, zugleich aber dem Schuldner das Recht gegeben ist, an jeden Inhaber zu leisten, verhält es sich dagegen anders. Der Schuldner befreit sich zwar auch durch Leistung an den Inhaber (vgl. oben Anm. 2); allein der Inhaber muß es sich gefallen lassen, wenn der Schuldner seine Leistung von dem Ergebnis einer Prüfung seiner Berechtigung abhängig macht. Solche Papiere sind daher nur Namenpapiere mit Legitimation für jeden Inhaber (§ 808 BGB.). Zu denken ist hier vornehmlich an Lebensversicherungspolicen (ROHG. 9, 232; 14, 28; RG. 22, 218; 29, 301; 51, 86), Sparkassenbücher (RG. in SeuffA. 36, 113: reines Inhaberpapier; Gruch. 25, 731; JW. 97, 176[39]), an Pfand- und Depotscheine der Leihhäuser. Diese Urkunden haben die Natur von Schuldscheinen (§ 952 BGB.). Wegen ihrer Verpfändung s. § 368 Anm. 1. Die Vollstreckung erfolgt hier nach §§ 829 ff. CPO. (vgl. Reméle-Anger § 821 Ziff. 1, Stein § 821 I; RG. 9, 246). Anm. 10.

§ 366.

Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigenthümer zu verfügen, betrifft. § 366

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sache zu verfügen, betrifft.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers steht hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäß Abs. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.

Lit.: Jakobi, Wertpapiere, Jena, 1901, S. 68, 73, 181 ff.; Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten AzivPr. 89, 1; Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerl. und nach Handelsrecht AzivPr. 89, 402; Rubensohn, Der gute Glaube des pfändenden Gläubigers, CivA. 9, 473; Neuburger, Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs, Leipzig, 1904; Regelsberger, Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, IheringsJ. 47, 339; Wolff, Das Recht zum Besitz, Festgabe der Berliner juristi. Gesellsch. f. Koch; Bunsen, Der Schutz des Eigentums im BGB., Bernhöft u. Binders Beitr. Heft 6, 419.

Vorbemerkung. Im Anschluß an den § 366 muß die ganze Lehre über den gutgläubigen Eigentums- und Pfanderwerb im Zusammenhange behandelt werden. Die früheren Vorschriften des HGB. sind im Prinzip in das BGB. aufgenommen, behalten aber besonders für das Handelsrecht ihre Bedeutung.

Digitized by Google

§ 366. Die Kommentierung des vorliegenden Paragraphen befindet sich unten Anm. 18ff., Anm. 32ff., Anm. 60ff.

Anm 1. **I. In welcher Weise wird das Eigentum und das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren übertragen?**

1. Die maßgebenden Vorschriften sind die §§ 929, 930, 931, 1205, 1206, 1293 BGB.

Aus diesen Vorschriften ergibt sich, daß die Inhaberpapiere in bezug auf die Art des Eigentums- und Pfanderwerbs den betreffenden Regeln über bewegliche Sachen folgen. Dagegen gelten über den Eigentumsübergang bei Orderpapieren besondere Regeln, die zu den §§ 363—365 auseinandergesetzt sind (§ 364 Anm. 1ff.).

Die §§ 929–931 BGB. lauten:

§ 929. Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß das Eigenthum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigenthums.

§ 930. Ist der Eigenthümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

§ 931. Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

Die §§ 1205, 1206 und 1293 BGB., die von der Bestellung des Pfandrechts an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren handeln, werden zu § 368 abgedruckt.

Anm. 2. **2. Nach diesen Gesetzesvorschriften wird das Eigentum und das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren, wie folgt, erworben.**

a) **Das Eigentum** an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren wird durch freiwillige Übertragung, wie folgt, erworben:

Stets gehört dazu die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers, daß das Eigentum übergehen soll (§ 929 BGB.). Über diese Einigung s. unten Anm. 7.

Außerdem aber ist regelmäßig die Übergabe des Besitzes erforderlich (§ 929 BGB.). Wenn jedoch der Erwerber bereits im Besitz der Sache ist, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums (§ 929 Satz 2 BGB.). Dies wird **traditio brevi manu** genannt.

Wenn der Veräußerer im Besitze der Sache ist und bleiben soll, so kann die Übergabe durch **constitutum possessorium** ersetzt werden, d. h. durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt (§ 930 BGB.), z. B. der bisherige Eigentümer verkauft die Sache, vereinbart aber mit dem Erwerber gleichzeitig, daß er die Sache in Verwahrung nehmen (SeuffA. 42, 398) oder als Mieter weiter benutzen soll (RG. 49, 178). Es muß ein Nutzungs- oder ein Verwaltungsrecht begründet sein, und zwar unter Eheleuten ein solches, das weiter geht, als das eheliche Recht (RG. 48, 318). Das Güterrechtsverhältnis ist noch kein genügendes Rechtsverhältnis im Sinne des § 930 BGB. (anders OLG. Karlsruhe, BadRpr. 69, 169). Ein konkretes Rechtsverhältnis muß geschaffen sein. Daher kann nicht, nachdem die Übergabe der verkauften beweglichen Sachen stattgefunden hat, nachträglich lediglich durch die (abstrakte) Vereinbarung, der Verkauf solle unter Eigentumsvorbehalt geschehen sein, das Eigentum auf den Verkäufer zurückübertragen werden (RG. 54, 396). Die Vereinbarung des zum const. poss. nötigen Rechtsverhältnisses kann mit dem Stellvertreter auch schon erfolgen, ehe der Eigentümer Besitz oder Eigentum erwirbt (RG. 30, 142; 56, 52; RG. in Gruch. 47, 987; vgl. JW. 03, 129[10]: Sicherungsübereignung; weiteres § 368 Anm. 97).

Wenn ein Dritter im Besitze der Sache ist, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abtritt (§ 931 BGB.). Dazu genügt z. B. die Verfügung über die beim Spediteur lagernde Ware unter Übergabe eines

Digitized by Google

Verfügungsscheins (RG. 49, 97). Dem steht wie Dernburg (III § 119 Ziff. 1) zutreffend bemerkt, die Anweisung an den dritten Besitzer gleich (falls dieser sie annimmt). **§ 366.**

Dazu kommt aber noch der Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen durch Übergabe der Urkunde an den Adressaten des Scheins oder den durch Indossament legitimierten Empfänger bei den sogen. **Dispositionsurkunden** (vgl. § 365 Anm. 10, § 363 Anm. 35 ff.).

Und endlich wird die Einigung durch **rechtskräftiges Urteil** und die **Übergabe** durch Wegnahme der Sache seitens des Gerichtsvollziehers ersetzt (§§ 894, 897 CPO.), die Ablieferung an den Erwerber ist dann nicht erforderlich (vgl. unten Anm. 15).

b) **Das Pfandrecht** an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren wird wie folgt erworben. Anm. 3.

Vor allem ist erforderlich, daß der Verpfänder und der Gläubiger darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll.

Alsdann ist ferner regelmäßig körperliche Übergabe erforderlich (Näheres § 368 Anm. 9 ff.).

Dazu kommt aber noch der Erwerb des Pfandrechts an beweglichen Sachen durch Übergabe und Indossierung von Dispositionsurkunden (hierüber § 368 Anm. 19).

II. Der Schutz des gutgläubigen Rechtserwerbs bei beweglichen Sachen und Inhaberpapieren. Anm. 4

A. **Die maßgebenden Vorschriften sind hier:** aus dem BGB. die §§ 932, 933, 934, 935, 936, 1207, 1208, 1293; aus dem HGB. unser § 366 und der folgende § 367.

Aus diesen Vorschriften ergibt sich wiederum, daß der gutgläubige Erwerb von Inhaberpapieren den Regeln vom gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen folgt. Der gutgläubige Erwerb von Orderpapieren dagegen folgt anderen Regeln, die bereits zu § 365 Anm. 7—11 auseinandergesetzt sind. Was endlich den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb von Dispositionspapieren anlangt, so folgt auch dieser nicht den hier erörterten Regeln, sondern besonderen, die dort ebenfalls erörtert sind. Die maßgebenden Vorschriften des BGB. lauten:

§ 932. Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigenthümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigenthum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

§ 933. Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigenthümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.

§ 934. Gehört eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigenthümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist.

§ 935. Der Erwerb des Eigenthums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das Gleiche gilt, falls der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.

§ 936. Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigenthums. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte. Erfolgt die Veräußerung nach § 930 oder war die nach § 931 veräußerte Sache nicht im mittelbaren Besitze des Veräußerers, so erlischt das Recht des Dritten erst dann, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt.

Digitized by Google

§ 366. Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs. 1 maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist.

Steht im Falle des § 931 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht.

§ 1207. Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigenthums geltenden Vorschriften der §§ 932, 934, 935 entsprechende Anwendung.

§ 1208. Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht dem Rechte vor, es sei denn, daß der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist. Die Vorschriften des § 932 Abs. 1 Satz 2, des § 935 und des § 936 Abs. 3 finden entsprechende Anwendung.

§ 1293. Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Anm. 5. **B. Die Veräußerung von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren an einen gutgläubigen Erwerber.**

1. **Grundsatz** ist, daß der gutgläubige Erwerb von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren auch dann Eigentum und zwar freies unbelastetes Eigentum überträgt, wenn ein Nichtberechtigter die Veräußerung bewirkt hat. Voraussetzung ist also, daß eine Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber vorliegt; Wirkung ist Erwerb freien Eigentums.

Anm. 6. 2. **Die Voraussetzungen sind:**

a) **Veräußerung beweglicher Sachen oder Inhaberpapiere.**

α) Bewegliche Sachen oder Inhaberpapiere müssen es sein. Die inhaberähnlichen Papiere (Exk. zu § 365 Anm. 10) sind hier ausgeschlossen (RG. 51, 83; JW. 92, 275[23]); nicht aber die unechten Inhaberpapiere (Exk. zu § 365 Anm. 9). Für Orderpapiere gilt anderes (oben Anm. 4). Unter beweglichen Sachen sind nur körperliche Gegenstände zu verstehen (§ 90 BGB.). Gegenstände des Handelsverkehrs brauchen sie nicht zu sein. Denn die vorliegende Vorschrift bezieht sich auf den gesamten Rechtsverkehr, auch auf den bürgerlichen; sie ist ja im BGB. enthalten. Bewegliche Sachen sind auch loszutrennende Bestandteile des Grund und Bodens (vgl. § 1 Anm. 38, § 350 Anm. 30). Bewegliche Sache in diesem Sinne ist der elektrische Strom nicht (Exk. vor § 373).

Anm. 7. β) Eine Veräußerung muß vorliegen. Zur Veräußerung gehört in jedem Falle eine Einigung über den Übergang des Eigentums und regelmäßig auch die Übergabe (vgl. oben Anm. 2, wegen des Eigentumsübergangs beim Kauf Exk. zu § 382).

αα) Die Einigung über den Übergang des Eigentums. Sie ist ein abstraktes Rechtsgeschäft und von dem kausalen Rechtsgeschäft wohl zu scheiden, so daß der Eigentumserwerb durch beiderseitigen Übertragungswillen von der Rechtsverbindlichkeit des zugrunde liegenden, die Übertragung rechtfertigenden Rechtsgeschäfts unabhängig ist (vgl. RG. in SeuffA. 54 Nr. 6). Die Einigung ist sogar auch dann vorhanden, wenn jeder der beiden Parteien eine andere causa tradendi dominii im Sinne hatte (vgl. RG. 30, 142). Allein wenn man von dieser wenig praktischen und hinsichtlich ihrer juristischen Gültigkeit gerade wegen jener Willensverschiedenheit sehr zweifelhaften Gestaltung absieht, so steht das kausale Rechtsgeschäft zu der Einigung über den Übergang des Eigentums in einem sehr engen Verhältnisse. Für die Praxis stellt sich die Sache so, daß einmal ein Rechtsgeschäft geschlossen wird, das die Übertragung des Eigentums bezweckt, und daß in Vollziehung, in Erfüllung dieses Rechtsgeschäfts das Eigentum übertragen wird. Es wird z. B. ein Gegenstand gekauft; dadurch verpflichtet sich jemand, dem Käufer das Eigentum einer Sache zu übertragen; die Erfüllung dieses Kaufgeschäfts erfolgt dadurch, daß die Vertragschließenden das Eigentum an diesem Gegenstande nun wirklich übertragen bzw. erwerben, d. h. sie werden einig über den Übergang des Eigentums und übergeben und übernehmen die Sache in Verfolg dieser Einigung. Die im kausalen Rechtsgeschäft liegende Einigung und die in der Erfüllung dieses Rechtsgeschäfts liegende Einigung fließen nun allerdings häufig zusammen. Aber oft fallen sie auch deutlich auseinander, und es kann die eine ohne die andere vorhanden sein, woraus die begriffliche Verschiedenheit beider Einigungen sich ergibt.

Digitized by Google

Es kauft z. B. durch einen Gattungskauf jemand einen Posten Ware. Darin liegt das kausale Rechtsgeschäft. Nunmehr übersendet der Verkäufer die Ware, darin liegt das Angebot des Verkäufers, die Eigentums-Übergangseinigung zu vollziehen, und die Bewirkung dessen, was seinerseits zur Übergabe erforderlich ist; indem nunmehr der Käufer die Ware dem Frachtführer abnimmt, tut er seinerseits das, was zur Bewirkung der Übergabe erforderlich ist; und indem er die Ware genehmigt, tut er das, was seinerseits erforderlich ist, um die Einigung über den Übergang des Eigentums perfekt zu machen. Würde der Käufer die Genehmigung nicht aussprechen, sondern die Ware bemängeln und zurückgehen lassen oder zur Verfügung stellen, so würde alles andere vorliegen: das kausale Rechtsgeschäft und die Übergabe, aber nicht die Einigung über den Übergang des Eigentums, und deshalb würde das Eigentum auf den Käufer nicht übergegangen sein (RG. 12, 81). Daher liegt beim Distanzkauf in der Annahme der Ware durch den Käufer für sich allein noch nicht der Ausdruck des Willens, Eigentum zu erwerben (JW. 04, 62[21]). § 366.

Die hier erforderliche Willenseinigung kann auch eine stillschweigende sein (JW. 04, 114[12]).

Hiernach ist die Einigung über den Übergang des Eigentums zwar begrifflich verschieden von dem kausalen Rechtsgeschäft, steht aber mit ihm in einem engen rechtlichen Zusammenhange, indem sie sich so verhält, wie die Erfüllung zu ihrem Rechtsgeschäft, und es ist deshalb interessant und wichtig zu erfahren, welche Arten von Rechtsgeschäften als kausale Rechtsgeschäfte für die Veräußerung gelten können. Hier in den vorliegenden §§ 929 ff. BGB. wird nämlich die abstrakte Übertragung des Eigentums als Veräußerung bezeichnet, im § 1 HGB. ist es das kausale Rechtsgeschäft, welches so bezeichnet wurde (s. § 1 Anm. 42). Man kann das letztere vielleicht passend das Veräußerungskausalgeschäft, die abstrakte Übertragung im Gegensatz dazu das Veräußerungsvollzugsgeschäft nennen. Anm. 8.

Als Veräußerungskausalgeschäft nun ist jedes auf Übertragung des Eigentums gerichtete Rechtsgeschäft unter Lebenden zu betrachten. Es ist dieselbe Begriffsbestimmung, wie sie in § 1 Anm. 42 gegeben ist, nur daß hier das Moment der Entgeltlichkeit fortfällt. Dort lag dieses Moment im Wesen der Sache, weil die ständige Betätigung von Veräußerungsgeschäften nur dann die Grundlage eines Handelsgewerbes bilden kann, wenn es sich bei diesen Grundgeschäften um entgeltliche Geschäfte handelt. Sonst würde das Moment der Gewerblichkeit fehlen. Anm. 9.

Im einzelnen gehören dazu: der Verkauf, die Vertauschung, die Hingabe an Zahlungsstatt, das depositum irregulare, das pignus irregulare. Sodann aber auch die Einbringung in eine Gesellschaft (RG. 9, 143; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 458), so z. B. die Einbringung in eine offene Handelsgesellschaft (§ 111 Anm. 9), die Einbringung in eine Aktiengesellschaft (§ 186 Anm. 19), aber auch die Einbringung in eine bürgerliche Gesellschaft, denn auch hierdurch wird Eigentum zur gesamten Hand erzeugt. Wegen des guten Glaubens bei der Einbringung ist etwas Besonderes zu sagen (vgl. unten Anm. 16). Anm. 10

Auch die unentgeltliche Überlassung von Eigentum, z. B. die Schenkung gehört dazu. Nur ist beim unentgeltlichen Erwerb daran zu erinnern, daß der unentgeltliche redliche Erwerber dem früheren Eigentümer zur Herausgabe persönlich verpflichtet ist (§ 816 BGB.). Vgl. unten Anm. 72 u. 74. Anm. 11.

ββ) **Außer der Einigung muß aber ferner noch die Übergabe vorliegen**, d. h. es muß der Kaufgegenstand in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Käufers oder seines Vertreters nach §§ 929, 854 BGB. gelangt sein (RG. 57, 140; 30, 142). Eine solche Übergabe liegt z. B. in der Versiegelung der Ware durch den Käufer, in der Verschließung oder Vernagelung des Aufbewahrungsortes des Kaufgegenstands (JW. 04, 114[12]). Zur Übergabe des Bestandteils einer Sachgesamtheit, z. B. eines Warenlagers, gehört die Ausscheidung der bestimmten Stücke, weil nur an diesen körperliche Besitzergreifung möglich ist (RG. 35, 270; 37, 34). Es wird daher durch die bloße Anweisung des Verkäufers an den Lagerhalter, 100 Tonnen aus einem größeren Vorrat dem Käufer zu übergeben, das Anm. 12.

Digitized by Google

§ 366. Eigentum noch nicht übertragen; es muß die Ausscheidung dazukommen (RG. 52, 385; Gruch. 26, 933). Die Übergabe von Zubehörstücken liegt in der Einräumung des Besitzes am Grundstück, falls das Zubehör dem Veräußerer gehört (vgl. § 926 Abs. 1 BGB.; RG. 34, 177). Beim Erwerb durch Stellvertreter braucht es keiner Erwähnung des Vertretungsverhältnisses gegenüber dem Veräußerer (RG. 30, 142; Gruch. 47, 948; JW. 03, 129[19]).

Anm. 13. Nicht in allen Fällen der Veräußerung wird der redliche Erwerber geschützt. Während bei der Veräußerung an sich die körperliche Übergabe durch gewisse andere Tatbestände ersetzt werden kann, und das vorhandene Eigentum des Veräußerers in zahlreichen Fällen ohne körperliche Übergabe übergeht (wie häufig bei der Sicherungsübereignung; RG. 49, 170; 57, 175; § 368 Anm. 97; oder, wenn die Sache dem Erwerber verpfändet ist, JW. 04, 471; oder wenn der Verkäufer in seinen Räumen die verkaufte Ware für den Käufer verwahren soll, JW. 04, 336[1]), wird durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbes bei fehlendem Eigentume des Veräußerers regelmäßig nur der Erwerb ausgezeichnet, der sich durch körperliche Übergabe vollzieht. Falls die Übergabe durch constitutum possessorium erfolgt, wird zwar dann, wenn der Veräußerer Eigentümer war, auch der Erwerber Eigentümer, da nach § 930 BGB. das const. poss. eine gesetzlich anerkannte Eigentumserwerbsart ist (oben Anm. 2). Wenn aber der Veräußerer nicht Eigentümer war, so wird das fehlende Eigentum des Veräußerers durch den guten Glauben des Erwerbers nicht ersetzt; vielmehr muß ihm, damit dieser Erfolg eintrete, die Sache noch nachträglich körperlich von dem Veräußerer übergeben werden (§ 933 BGB.; RG. im Recht 02, 537[2538]). Dies gilt auch, falls bei einem Grundstück, dessen Zubehör mitgekauft wurde (§ 926 Abs. 2 BGB.), das Zubehör dem Veräußerer nicht gehört (s. JW. 04, 336). Ist die Sache im Besitz eines Dritten, so kann die Übergabe allerdings durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe ersetzt werden (§ 931 BGB.), als welche z. B. auch die Verfügungsstellung der bei einem Spediteur lagernden (bestimmten und ausgeschiedenen; RG. 52, 385) Ware seitens des Verkäufers unter Übergabe eines Verfügungsscheins an den Käufer gilt (RG. 49, 97). Mitteilung an den unmittelbaren Besitzer ist nicht nötig. Aber der gutgläubige Erwerber wird nur dann geschützt, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer war, d. h. wenn der dritte Besitzer sich als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer, Frachtführer oder auf Grund eines ähnlichen Verhältnisses, kraft dessen er dem Veräußerer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, im Besitz befindet (RG. 54, 68). Befindet sich dagegen der Dritte auf Grund eines anderen Verhältnisses im Besitze der Sache, so wird der gutgläubige Erwerber, der sein Recht vom Nichtberechtigten herleitet, nur dann geschützt, wenn er den Besitz der Sache noch nachträglich vom Dritten erlangt (RG. 56, 52).

Anm. 14. Ferner aber liegt in der Übergabe eines Dispositionspapiers an den in diesem bezeichneten Empfänger eine wirkliche Übergabe, begleitet von den Rechtsfolgen des gutgläubigen Erwerbes (vgl. §§ 424, 450, 647 HGB.; § 363 Anm. 35 ff.; § 365 Anm. 10; RG. 28, 42). Er kann daher der Pfändung der Konnossementsware nach § 771 CPO. entgegentreten. Die Abtretung des Dispositionspapiers dagegen steht in dieser Hinsicht auf der gleichen Stufe, wie die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe. Die Indossierung des Dispositionspapiers wiederum unterliegt in bezug auf den Schutz des gutgläubigen Erwerbes selbständigen Rechtsregeln (§ 365 Anm. 10).

Anm. 14a. In dem einen Falle endlich, in dem der Eigentumsübergang sich ohne jede Übergabe vollzieht, nämlich wenn der Erwerber bereits im Besitze der Sache ist, ersetzt der gute Glaube an das Vorhandensein des Eigentums des Veräußerers nicht unbedingt das in Wahrheit fehlende Eigentum des Veräußerers, sondern nur unter der Bedingung, daß der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte (§ 932 Abs. 1 Satz 2 BGB.). So erlangt der als Verwahrer, Mieter usw. bereits im Besitz befindliche Erwerber durch bloße Willenseinigung das Eigentum nicht, wenn er den Veräußerer für den Eigentümer hielt,

Digitized by Google

von diesem aber nicht den Besitz als Verwahrer, Mieter usw. erhalten hatte. Denn in diesem Falle bildet die Art der Besitzerlangung keine Unterlage für das Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers (Planck § 932 Ziff. 1b). Ebenso verhält es sich in dem umgekehrten Fall, wenn nämlich der Veräußerer, der nicht mittelbarer Besitzer ist, so veräußert, daß er seinen ihm vermeintlich zustehenden Eigentumsanspruch abtritt; hier muß zum Eigentumserwerb noch der Erwerb des Besitzes hinzukommen (§ 934 BGB.). § 366.

γγ) Hierbei wird zur Vollständigkeit daran erinnert, daß die fehlende Einigung durch rechtskräftiges Urteil und die fehlende Übergabe durch Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers ersetzt werden kann (oben Anm. 2; vgl. RG. 39, 160; JW. 97, 287[8] u. 288[11] u. unten Anm. 49). Auch in diesem Falle tritt der Schutz des guten Glaubens ein (§§ 897, 898 CPO.). Anm. 15.

b) Guter Glaube des Erwerbers. Anm. 16.

α) Wer muß in gutem Glauben gewesen sein? Der Erwerber. Es genügt also nicht, daß der Veräußerer in gutem Glauben war, wenn es der Erwerber nicht war. Es schadet aber auch nichts, daß der Veräußerer in bösem Glauben war, wenn der Erwerber nur gutgläubig war. Bei Einbringungen in eine Gesellschaft muß allerdings auch der Einbringende in gutem Glauben sein; denn durch die Einbringung entsteht ein Eigentum zur gesamten Hand, und Berechtigter wird hierbei auch der Einbringende, er ist also gleichzeitig Erwerber (RG. 9, 143; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 458; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1166). Tritt für den Erwerber ein Vertreter auf, so kommt regelmäßig der gute Glaube des Vertreters in Betracht; handelt aber der durch Rechtsgeschäft bestellte Vertreter nach bestimmten Weisungen des Erwerbers, so kann dieser sich in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte oder kennen mußte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen (§ 166 BGB.; Erk. zu § 58 Anm. 5). Bei Personen, die einen gesetzlichen Vertreter haben, ist der gute Glaube des Vertreters entscheidend, nicht ihr eigener. Bei Gesamtvertretern genügt der böse Glaube des einen, so bei Gesamtprokuristen (§ 48 Anm. 9), bei mehreren zusammen vertretungsberechtigten Mitgliedern einer o. HG. (§ 125 Anm. 12), bei mehreren gesamtberechtigten Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft (§ 232 Anm. 13). Bei Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher kommt es, da er als Vertreter des Gläubigers handelt, auf seinen guten Glauben und, falls der Gläubiger schlechtgläubig war, nach § 166 Abs. 2 BGB. auch hierauf an (Prot. III 216; IV 389; RG. 39, 160; 40, 288; 43, 180; a. M. Biermann § 932 Ziff. 4).

β) **Was ist unter dem guten Glauben zu verstehen?** Anm. 17.

αα) Im allgemeinen. Es genügt zum guten Glauben jedenfalls, daß dem Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt war, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört (§ 932 Abs. 2 BGB.; RG. 6, 22 u. 87; 36, 120). Darauf, ob der Erwerber in seinen eigenen Angelegenheiten sorglos verfährt, kommt es nicht an. Grob fahrlässig handelt schon der, der verdächtige Umstände nicht aufklärt oder an dem Recht seines Vormannes zweifelt, es aber unterläßt, sich Kenntnis der näheren Umstände zu verschaffen. In diesem Fall beruht seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit (RG. 58, 162). Fehlt es aber an grober Fahrlässigkeit, so ist ein Weiteres nicht mehr erforderlich: der Schutz des guten Glaubens tritt ein, der Erwerber wird Eigentümer. Auch braucht sich der gute Glaube nur darauf zu beziehen, daß der Vormann Eigentümer war. Ob dann auch ein früherer Vormann Eigentümer war, ist unerheblich, auch wenn der Erwerber wußte, daß ein früherer Vormann nicht Eigentümer war (vgl. Bolze 11 Nr. 38). Um diesen guten Glauben zu begründen, genügt es, daß man gutgläubig angenommen hat, der Vormann habe gutgläubig erworben; denn dann hat man ja ihn für den Eigentümer gehalten (Bolze 11 Nr. 38). — Der gute Glaube wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß man von einem Recht zur Sache eines Dritten, d. h. von einem obligatorischen Anspruch eines Dritten an den Veräußerer auf Herausgabe der Sache gewußt hat (Staub WO. Art. 74 § 4).

Digitized by Google

§ 366. Anm. 18. ββ) Eine Besonderheit und zwar eine Erleichterung tritt dann ein, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes der Veräußerer war. In diesem Falle versagt der Schutz der Gutgläubigkeit auch dann noch nicht, wenn der Erwerber wußte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war. Vielmehr genügt es in diesem Falle, daß er gutgläubig annahm, der Veräußerer dürfe über die Sache für den Eigentümer verfügen. Dies bestimmt § 366 HGB. Verkauft z. B. ein Miteigentümer seinen Anteil mit dem Recht, daß der Käufer den von ihm erworbenen Anteil nach seinem Belieben aus dem Ganzen auswählen dürfe, so erwirbt der Käufer durch eigenmächtiges Ausscheiden Eigentum, wenn er des guten Glaubens war, seinem Verkäufer sei durch Vereinbarung eine solche Befugnis eingeräumt; der Verkäufer selbst würde durch einseitiges Ausscheiden Eigentum zufolge der §§ 1008ff., 741, 929 BGB. nicht erwerben können (RG. in DJZ. 03, 252). Insbesondere kommt § 366 zugunsten der durch die Kommissionäre erfolgenden Veräußerungen zur Anwendung. Bei diesen kann man davon ausgehen, daß sie über das ihnen anvertraute Kommissionsgut zu verfügen berechtigt sind. Ihr Gewerbe besteht ja darin, daß sie im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung handeln, also auch über fremdes Gut disponieren. Erhält also ein Kaufmann von seinem Kommittenten Waren, von denen er annehmen muß, sie seien vom Kommissionär auf eigene Rechnung eingekauft, so erwirbt der Kommittent Eigentum, wenn auch der Kommissionär kein Eigentum erworben haben sollte (RG. JJfEL. 29, 299). Ferner wird in D. 207/8 deutlich gesagt, daß nicht nur der Fall hierher gehört, in welchem jemand im eigenen Namen fremdes Gut veräußert, sondern auch der Fall, in welchem jemand als Vertreter in fremdem Namen fremdes Gut veräußert, so z. B. ein Handlungsagent, der als Vertreter auftritt und als solcher im Namen des Geschäftsherrn veräußert. Angesichts dieser ausdrücklichen Begründung des Gesetzes und angesichts der Gesetzesworte, welche dieser Deutung nicht widerstreben (denn auch der Pseudovertreter ist ein „Veräußerer", dem die Befugnis mangelt, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen), ist die Meinung von Cosack (§ 28 I 2b β) u. Helwig (Rechtskraft 98 Anm. 9) zu verwerfen, die nur den Fall, daß der Veräußerer im eigenen Namen veräußert hat, getroffen wissen will. Inwieweit bei fehlender Vertretungsmacht der gutgläubige Dritte geschützt ist, bestimmt sich nach ganz anderen Grundsätzen, nämlich nach den §§ 169—173 BGB., § 15 HGB. Wer sich mit einem Bevollmächtigten einläßt, muß sich zunächst um dessen Vollmacht kümmern (vgl. Erk. zu § 361 Anm. 31 u. OLG. Stettin u. Braunschweig in OLGR. 8, 191; 7, 40 gegen Wendt AZivPr. 89, 91). Wohl kann aber § 366 eingreifen, wenn der Mann über Frauengut verfügt (Näheres unten Anm. 36).

Anm. 19. Jedenfalls aber muß ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußert haben, damit diese erleichternde Vorschrift über den guten Glauben Platz greife. Wann dies vorliegt, richtet sich nach früher erörterten Vorschriften. Es kann ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 oder nach § 4 (Minderkaufmann) oder auch nach § 5 (Geltung als Kaufmann infolge Eintragung) sein. Aber auch, wenn der Veräußerer nur kaufmännisch auftritt und infolgedessen als Kaufmann angesehen werden muß (Erk. zu § 5), so genügt dies, vorausgesetzt, daß der Erwerber nach verkehrsüblichen Anschauungen die Kaufmannseigenschaft unterstellen konnte.

Anm. 20. Zur Feststellung des Tatbestandes, ob der Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußert habe, sind die §§ 343 und 344 heranzuziehen, insbesondere auch die Vermutungen des letzteren Paragraphen.

Anm. 21. Auch hier muß betont werden, daß es genügt, wenn man seinen unmittelbaren Vormann für verfügungsberechtigt hielt. Daß ein früherer Vormann nicht verfügungsberechtigt war und diesen selben Gegenstand ohne Befugnis veräußert hat, ist gleichgültig, und deshalb auch gleichgültig, wenn der Erwerber dies gewußt hat (oben Anm. 17f.). Ebenso genügt es, wenn der Erwerber gutgläubig annahm, daß der Vormann seinen Vormann im guten Glauben für berechtigt gehalten hatte, über das fremde Gut

Digitized by Google

zu verfügen; denn dann hat er ja gutgläubig angenommen, daß der Vormann redlich erworben hat, hat ihn also für den Eigentümer gehalten, und das genügt jedenfalls. § 366.

γγ) Eine weitere Besonderheit hinsichtlich der Gutgläubigkeit tritt ein bei Geld und Inhaberpapieren, zu denen auch die unechten Inhaberpapiere, nicht aber die inhaberähnlichen Papiere gehören (Exk. zu § 365 Anm. 9 u. 10; oben Anm. 6). Während im allgemeinen bei gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen der Schutz des redlichen Erwerbes wegfällt (§ 935 Abs. 1 BGB., unten Anm. 46), greift diese Ausnahme bei Geld und Inhaberpapieren nicht Platz (§ 935 Abs. 2 BGB.; unten Anm. 50). Hier findet vielmehr auch bei abhanden gekommenen Sachen der Schutz des gutgläubigen Erwerbes statt. Aber die Gutgläubigkeit muß sich dann auch auf die Eigenschaft der Sache als einer abhanden gekommenen beziehen: der Erwerber muß gutgläubig annehmen, daß es sich nicht um eine abhanden gekommene Sache, sondern um eine redlicherweise in den Verkehr gelangte Sache handelt. Dieses hinzutretende Erfordernis, dieses Mehr an Gutgläubigkeit ist zwar vom Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen. Aber die frühere Rechtsprechung (ROHG. 10, 304; JW. 90, 205[12]) war von diesem Erfordernisse ausgegangen. So hatte z. B. das Reichsgericht (RG. 37, 71) angenommen, daß der ein Inhaberpapier erwerbende Bankier, der es unterlassen hatte, das Buch, in welchem die gestohlenen Papiere eingetragen waren, einzusehen, selbst dann schlechtgläubig sei, wenn er das Papier von einem achtbaren Bankhause gekauft hatte (vgl. JW. 96, 399[13 u. 14]; Gruch. 35, 127). In einem solchen Falle konnte zwar der erwerbende Bankier gutgläubig annehmen, daß der Veräußerer Eigentümer geworden war. Denn wenn man von einem achtbaren Bankhause annimmt, daß es selbst die nötige Sorgfalt bei Erwerb des Papiers beobachtet hat, so liegt in solcher Annahme keine eigene grobe Fahrlässigkeit. Nach dieser Richtung war also bei dem erwerbenden Bankier Gutgläubigkeit vorhanden. Aber sie war nach einer anderen Richtung nicht vorhanden, nämlich insofern, als der solchergestalt erwerbende Bankier nicht gutgläubig, sondern aus grober Fahrlässigkeit davon ausgegangen war, daß das Papier nicht veruntreut sei. Von diesem, in der früheren Rechtsprechung aufgestellten Erfordernisse geht auch das neue Recht aus. Eine Abweichung ist nicht ersichtlich, im Gegenteil bestätigen Inhalt und Fassung des § 367 HGB. diese Auffassung. Natürlich schadet diese Bösgläubigkeit dem Erwerber dann nicht, wenn der Veräußerer seinerseits gutgläubig erworben hatte; dann war vielmehr trotz eigenen bösen Glaubens das Eigentum auf den Erwerber übergegangen. Hierüber Näheres unten Anm. 30 u. Exk. zu § 367. Anm. 22.

δδ) Beispiele von bösem Glauben. Als schlechtgläubig ist ein Bankier angesehen worden (RG. 6, 89; ROHG. 3, 384), der ein an der Börse nicht gangbares Papier von einem ihm völlig Unbekannten gekauft hatte, ohne sich über die Redlichkeit des Verkäufers eine begründete Meinung zu bilden. Zwar besteht bei Inhaberpapieren keine allgemeine Verpflichtung, auch nicht für Bankiers, die Legitimation des Verkäufers zu prüfen (Exk. zu § 365 Anm. 2). Doch können besondere Umstände eine solche Verpflichtung zum Ausschluß der Schlechtgläubigkeit in dem hier in Rede stehenden Sinne und mit der hier in Rede stehenden Wirkung auferlegen (RG. 6, 21; 28, 113). Der Verkauf eines Wertpapiers ohne Preisbegrenzung durch jugendliche, dem Aussehen nach unreife Menschen erfordert erhöhte Aufmerksamkeit des Käufers (LG. Mannheim in ZHR. 35, 265). Der Erwerb von Inhaberpapieren ohne Koupons, Dividendenscheine oder Talons ist regelmäßig schlechtgläubiger Erwerb (RG. 36, 121; 58, 162; ROHG. 19, 83). Dagegen ist die Verpfändung der Mäntel von Wertpapieren ohne die Nebenpapiere kein ungewöhnliches Vorkommnis (OLG. Hamburg in OLGR. 8, 193). Damit kann sich ein Bankier nicht entschuldigen, daß er im Vertrauen auf die Achtbarkeit seines Geschäftsfreundes von genauer Besichtigung der Papiere Abstand genommen hat. Bei einer Verpfändung kann er auch nicht einwenden, daß er das übergebene Paket nicht geöffnet habe (RG. 58, 166). Weiteres zu § 367. Anm. 23.

Auch Rechtsirrtum kann hier überall in Frage kommen (Dernburg III § 98 Ziff. 5; Förtsch Anm. 7 zu Art. 306). Ob er grobes Verschulden bedeutet, hängt davon ab, Anm. 24.

Digitized by Google

§ 366. ob dem Erwerber Zweifel aufstoßen mußten, und ob, wenn sie ihm aufgestoßen sind, er das Seinige getan hat, um zur richtigen Erkenntnis zu gelangen (s. OLG. Stettin OLGR. 8, 192).

Anm. 25. Der Umstand, daß der Inhalt des Handelsregisters dem Tatbestande, den man als vorhanden angenommen hat, entgegensteht, begründet nicht unbedingt grobe Fahrlässigkeit auf dem hier fraglichen Rechtsgebiete. Von Fall zu Fall ist vielmehr zu unterscheiden, ob solcher Tatbestand eine grobe Fahrlässigkeit in sich schließt. Das im § 15 ausgesprochene Prinzip ist hier nicht schlechtweg maßgebend (Staub, WO. Art. 74 § 5).

Anm. 26. Ein gesetzliches Beispiel von Schlechtgläubigkeit liefert § 367 HGB. Danach gilt der gute Glaube eines Bankiers, der ein abhanden gekommenes Inhaberpapier erwirbt, als ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Erwerbes der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem Verpflichteten im Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablauf des Jahres, in welchem die Bekanntmachung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen ist. Näheres hierüber zu § 367, wo noch besonders betont ist, daß hiermit nicht angeordnet ist, der Bankier befinde sich nun schlechtweg im guten Glauben, wenn er die hier gedachte Bekanntmachung beachtet hat.

Anm. 27. γ) **Zu welchem Zeitpunkte muß der gute Glaube vorhanden sein?** Bei körperlicher Übergabe (§ 932 BGB.) zur Zeit, in welcher der das Eigentum erzeugende Tatbestand vollendet ist, also regelmäßig zur Zeit der Übergabe, wenn aber die Einigung nachfolgt, zur Zeit der letzteren; bei traditio brevi manu (§ 932 BGB.) zur Zeit der Einigung. Wenn eine durch const. poss. übertragene Sache nachträglich übergeben wird, so tritt der Schutz des guten Glaubens nur dann ein, wenn zu dieser letzteren Zeit Gutgläubigkeit vorhanden war (§ 933 BGB.). Wenn eine Sache durch Abtretung des an den unmittelbaren Besitzer bestehenden Anspruchs auf Herausgabe veräußert wird, dann muß der gute Glaube zur Zeit der Abtretung vorhanden sein, also bei Abtretung durch Übergabe eines Verfügungsscheins zur Zeit der Übergabe dieses Scheins (RG. 49, 99ff.); wenn der Veräußerer aber nicht mittelbarer Besitzer ist, so muß der gute Glaube zur Zeit vorhanden sein, in der der Erwerber den Besitz erlangt (§ 934 BGB.; Prot. III 210; RG. in DJZ. 03, 252).

Anm. 28. Vor diesem Zeitpunkte braucht guter Glaube an sich nicht vorhanden zu sein, nur daß regelmäßig auf Grund der früheren Schlechtgläubigkeit auch Schlechtgläubigkeit in dem kritischen Zeitpunkte angenommen werden wird. Diese Regel erleidet eine Änderung, wenn die Einigung über den Eigentumserwerb unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Setzung eines Anfangstermins erfolgt ist. Es kommt alsdann auf den guten Glauben zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termins an, wenn auch die Übergabe vor Eintritt der Bedingung oder des Termins stattgefunden hat. Es entspricht diese Auffassung den §§ 158 Abs. 1, 163, 932 BGB. Aus Prot. III 209ff. erhellt nichts Gegenteiliges (Planck § 932 Ziff. 1a; Cosack BGB. § 198 IV 1c; Biermann § 932 Ziff. 2; a. M. Dernburg III § 103 II Fußnote 8, der darauf sich stützt, daß der Erwerber nur zur Zeit der Besitzerlangung tätig war, und es daher nur auf sein Wissen und Wollen in diesem Augenblick ankomme).

Anm. 29. Wenn der Erwerber später schlechtgläubig wird, also später erfährt, daß der Veräußerer nicht Eigentümer oder nicht dispositionsberechtigt war, so schadet ihm das nicht, mala fides superveniens non nocet (ROHG. 3, 381; JW. 91, 121[10]; 97, 573[39]; RG. 56, 317; vgl. § 937 Abs. 2 BGB.).

Anm. 30. c) **Endlich muß noch betont werden, daß das Nichteigentum bzw. die mangelnde Verfügungsberechtigung des Veräußerers Voraussetzung ist für die Anwendung der hier in Rede stehenden Regeln vom Schutz des gutgläubigen Erwerbes.** War der Veräußerer Eigentümer oder berechtigt, über die Sache zu verfügen, so bedarf es des Erfordernisses der Gutgläubigkeit auf Seite des Erwerbers nicht mehr. Dann wird Eigentum ohne weiteres erworben, auch

Digitized by Google

dann, wenn der Erwerber schlechtgläubig war, sei es, daß er den Veräußerer nicht für den Eigentümer oder im Falle des § 366 weder für den Eigentümer, noch für verfügungsberechtigt hielt, oder daß er wußte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht wußte, die Papiere seien abhanden gekommen (vgl. Bolze 11 Nr. 38). Hat z. B. das Bankhaus A ein gestohlenes Inhaberpapier in gutem Glauben erworben — es war damals noch nicht im Reichsanzeiger, noch sonst als gestohlen ausgeschrieben — und erwirbt von ihm das Bankhaus B dasselbe Papier unter Außerachtlassung der inzwischen erfolgten Veröffentlichung im Reichsanzeiger, so ist das Bankhaus B allerdings schlechtgläubig. Gleichwohl erwirbt es das Eigentum, weil bereits das Bankhaus A durch seinen gutgläubigen Erwerb Eigentum erworben hatte und damit das Eigentum des bestohlenen Eigentümers endgültig untergegangen war (RG. 37, 77; JW. 96, 399[15]; Bolze 11 Nr. 38). § 366.

3. **Die Wirkungen des gutgläubigen Erwerbes vom Nichteigentümer oder Nichtverfügungsberechtigten.** Anm. 31

a) **Der Erwerber wird Eigentümer** (§§ 932—934 BGB.). Notwendige Folge ist, daß das frühere Eigentum des wahren Eigentümers erlischt (wie dies im Art. 306 des alten HGB. ausdrücklich ausgesprochen war). Das frühere Eigentum lebt nicht wieder auf, wenn der Erwerber die Sache weiter veräußert. Ebensowenig kann sich der frühere Eigentümer einredeweise darauf berufen, wenn er etwa selbst wieder in den Besitz der Sache käme. (Der schlechtgläubige Erwerber dagegen wird, wenn es der Veräußerer nicht war, ebenfalls nicht Eigentümer, sondern bleibt der Verfolgung von seiten des Eigentümers ausgesetzt.)

b) **Auch Rechte Dritter, mit denen die veräußerte Sache belastet ist, erlöschen,** vorausgesetzt, Anm. 32.
daß auch hinsichtlich ihrer der gute Glaube zur kritischen Zeit vorhanden ist.

α) **Vorausgesetzt ist, daß der gute Glaube hinsichtlich des Rechts des Dritten zur kritischen Zeit vorhanden ist.** Wer den guten Glauben haben muß, darüber siehe oben Anm. 16. — Wann er vorhanden sein muß, darüber siehe oben Anm. 27 ff. (Die Frage ist im § 936 BGB. in gleicher Weise geregelt, wie bei der Frage nach dem Erwerbe des Eigentums.) — Der gute Glaube muß hier in Ansehung des Rechts vorhanden sein, d. h. der Erwerber muß ohne grobe Fahrlässigkeit die Freiheit des Eigentums von dieser Last angenommen haben (§ 936 Abs. 2 BGB.), beim Erwerbe von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes genügt es, wenn der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen hat, daß der Veräußerer befugt sei, ohne Vorbehalt über die Sache zu verfügen (§ 366 Abs. 2 HGB.; oben Anm. 18).

β) **Fehlt diese Voraussetzung, fehlt der gute Glaube hinsichtlich des Rechts des** Anm. 33.
Dritten, so geht die an der Sache haftende Last mit über. Der Erwerber kann im übrigen Eigentum erwerben. War ihm z. B. das frühere Eigentum ohne Fahrlässigkeit nicht bekannt, wohl aber ein früheres dingliches Recht bekannt oder aus grober Fahrlässigkeit unbekannt, so erwirbt er das Eigentum, aber mit der Last. Ebenso, wenn der Veräußerer Eigentümer war, die Sache aber belastet war und der Erwerber die Last kannte oder kennen mußte, ohne grob fahrlässig zu verfahren.

γ) **Liegt aber die Voraussetzung vor, ist der Erwerber hinsichtlich des Rechts** Anm. 34.
des Dritten gutgläubig, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigentums. Es erlischt also nicht, wenn das Eigentum nicht erworben wird. Es erlischt nur dann, wenn auch das Eigentum erworben wird. **Wird aber das Eigentum erworben, so erlischt es natürlich auch dann, wenn das Eigentum nicht auf Grund gutgläubigen Erwerbes, sondern deshalb erworben wird, weil auch der Veräußerer Eigentümer war oder verfügungsberechtigt war,** sofern nur hinsichtlich des Nichtvorhandenseins der Last Gutgläubigkeit vorhanden war.

δ) **Diesem Schicksale des Erlöschens infolge gutgläubigen Erwerbes unter-** Anm. 35.
liegen alle Rechte, von denen man sagen kann: sie seien ein Recht des Dritten, mit welchem die Sache belastet ist (§ 936 BGB.).

Digitized by Google

§ 366. Anm. 36.

Das gesetzliche Recht des Ehemannes auf Verwaltung und Nutznießung an dem eingebrachten Gut der Ehefrau ist keine solche Belastung. (Lit.: Ullmann, Das gesetzl. ehel. Güterrecht, Berlin, 04, 162; Wieruszowski in ZHR. 55, 370; Teutsch, JW. 02, 383; Heinsheimer sowie Mantey im Recht 01, 609 u. 02, 39). Dem Ehemann gebührt zwar Besitzschutz auch jedem Dritten gegenüber (Planck § 1373 Anm. 2); allein daraus folgt nichts für den Begriff der Belastung einer Sache mit einem Recht im Sinne des § 936 BGB. Das Entscheidende ist, daß die Frau ohne ehemännliche Ermächtigung über eingebrachtes Gut nicht verfügen kann (§§ 1395, 1404 BGB.). Das Gesetz hat hier nicht etwa dem naheliegenden Gedanken Ausdruck gegeben, daß es sich um ein im Interesse des Ehemannes aufgestelltes Veräußerungsverbot handle, auf das sich nur der Mann berufen könnte. Es hat vielmehr der Gesetzgeber nach dem Vorbild der in §§ 108—112 BGB. für die Rechtsgeschäfte Minderjähriger ausgesprochenen Grundsätze die Verfügungsfähigkeit der Frau beschränkt. Daher ist die Wirksamkeit eines Geschäfts über das eingebrachte Gut der Frau nicht nur der Frau, sondern auch jedem Dritten gegenüber von der Genehmigung des Mannes abhängig; mag der Dritte (vielleicht ein Ausländer) in Unkenntnis von der Bedeutung des § 1395 BGB. gehandelt oder die Frau nicht für eine Ehefrau gehalten haben. Also selbst dann gilt diese Regel, wenn die Frau sich ihrem Vertragsgegner als ledig ausgegeben, oder dieser sie mit gutem Grund für eine unverheiratete Person gehalten hat, z. B. weil sie im Handelsregister als ledig eingetragen, oder ihm von der Polizei eine dahingehende Auskunft erteilt worden war. Dieser Wille des Gesetzgebers ist nicht nur deutlich in dem Wortlaut des § 1404 BGB. zum Ausdruck gekommen, sondern auch in den Motiven (4, 225 u. 236 ff.) mit allen Folgen erwogen, wonach der von der Frau über deren Personenstand Getäuschte auf seine Ansprüche aus unerlaubter Handlung verwiesen wird. Diese muß der Mann aus dem eingebrachten Gut befriedigen. Nur insoweit ist ein ohne ehemännliche Zustimmung geschlossenes Rechtsgeschäft auch für das eingebrachte Gut wirksam, als das eingebrachte Gut bereichert wurde (§ 1399 Abs. 2 BGB.). Diese in § 1395 BGB. ausgesprochene Verfügungsbeschränkung gilt nicht allein für den gesetzlichen Güterstand, sondern auch für den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1439 BGB.; vgl. §§ 1525, 1550 BGB.). Der Dritte, der von der Frau aus ihrem eingebrachten Gut bewegliche Sachen erworben hat, kann sich auch nicht darauf berufen, daß er des guten Glaubens gewesen, seine Vertragsgegnerin lebe in Gütertrennung (Düringer-Hachenburg II 460 u. 477). Die Vorschriften des § 932 BGB. über den Eigentumserwerb durch guten Glauben versagen hier vollständig, sollte auch die Sache dem Erwerber nach § 929 BGB. übergeben oder die Übergabe durch eine dem § 930 BGB. entsprechende Vereinbarung ersetzt, also die Frau etwa als Mieterin usw. im Besitz belassen worden sein (RG. 54, 44). Der gutgläubige Dritte kann dem Mann gegenüber auch nicht unseren § 366 anrufen. Denn der Gesetzgeber, der durch § 1404 BGB. die strengen Vorschriften des § 932 BGB. durchbrochen hat, würde mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn sein Wille gegenüber den über den § 932 BGB. hinausgehenden Vorschriften des § 366 versagen könnte. Hat aber der Dritte weiterveräußert, so wird dessen gutgläubiger Erwerber sowohl durch § 932 BGB. als auch durch unseren § 366 geschützt. Die frühere Auflage gelangte (mit RG. in JW. 98, 668) durchweg zu anderen Ergebnissen von dem nicht mehr zutreffenden Standpunkt aus, es handle sich um eine Belastung im Sinne des § 936 BGB.

Hat der Mann den Gewerbebetrieb seiner Frau genehmigt oder stillschweigend geduldet (Allg. Einl. Anm. 44 ff., 59), so erwirbt der Dritte von der Frau ohne weiteres das Eigentum (§ 1405 Abs. 2 BGB.). Dieser Schutz versagt jedoch, wenn der Ehemann von dem Geschäftsbetrieb seiner Frau keine Kenntnis hatte. Hier greift alsdann unser § 366 ein, ohne mit § 1404 BGB. zusammenzustoßen. Hat nämlich der Dritte gutgläubig angenommen, der Ehemann habe von dem Gewerbebetrieb Kenntnis gehabt, so befand er sich in dem von § 366 gedeckten Irrtum, der Gewerbebetrieb sei genehmigt und die Frau somit verfügungsberechtigt (vgl. RG. 61, 83 u. Allg. Einl. Anm. 45).

Digitized by Google

§ 366. Dieselben Regeln gelten bei einer von der Frau vorgenommenen Verpfändung von Sachen, die zu ihrem eingebrachten Gut gehören (a. M. Ullmann 163). Selbstverständlich verhält sich die Sache anders, wenn die Ehefrau ihr nicht gehörige Sachen im Gewerbebetrieb veräußert oder verpfändet. In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob der Mann den Gewerbebetrieb genehmigt hat oder nicht, weil § 1404 BGB. nur das der Frau eigentümliche Gut vor Augen hat. Alsdann kommt § 366 zu uneingeschränkter Anwendung.

Veräußerungen und Verpfändungen der Frau, die über den Betrieb des Handelsgewerbes einer Frau hinausgehen (hierüber Allg. Einl. Anm. 53 ff.), sind nicht durch § 366 geschützt. Der gutgläubige Dritte, der sein Recht von der Frau ableitet, muß sich den § 1404 BGB., d. h. die Nichtzustimmung des Ehemannes, entgegenhalten lassen. Nicht aber greift § 1404 BGB. dem gegenüber ein, der gutgläubig von dem Dritten erwirbt. Letzterer kann sowohl den § 932 BGB. als auch den § 366 für sich anrufen.

Verfügt der Ehemann entgegen den §§ 1375, 1376 BGB. über bewegliches Frauengut als solches ohne Zustimmung der Frau, so nützt der gute Glaube dem Erwerber nichts. Denn, wenn er in eigenem Namen aufgetreten ist, bedarf es zur Wirksamkeit der Erfordernisse des § 185 BGB.; ist er namens der Frau aufgetreten, so hängt die Rechtswirksamkeit von der Genehmigung der vertretenen Frau nach §§ 177 ff. BGB. ab. Der gute Glaube kommt hier überall nicht in Betracht (oben Anm. 18). Hat jedoch der Mann über bewegliches Frauengut als eigenes verfügt, so greift zugunsten des gutgläubigen Erwerbers sowohl § 932 BGB. als auch § 366 BGB. ein (vgl. Allg. Einl. Anm. 68 und über ausländische Ehefrau ebenda Anm. 75).

Anm. 37. Der Nießbrauch und das Pfandrecht zählen dagegen zu den in Anm. 35 erwähnten Rechten. Erwirbt jemand von einem Pfandgläubiger durch Kauf und körperliche Übergabe eine Sache gutgläubig zu Eigentum, so erlangt der Erwerber pfandfreies Eigentum nach §§ 932, 936 BGB.

Anm. 38. Zu den gesetzlichen Rechten, welche solchergestalt erlöschen, gehört auch das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen (das sich übrigens ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Vermieters nur auf die dem Mieter gehörigen Sachen beschränkt [s. unten Anm. 60; Bieringer JW. 01, 879; wegen der Ehefrau JW. 03, 89 [50]). Hat z. B. der Mieter die Sachen ohne Wissen des Wirts von dem Grundstücke entfernt und dann veräußert und übergeben, so geht das Pfandrecht des Vermieters unter, wenn der Dritte gutgläubig ist. Die Gutgläubigkeit würde nicht anzunehmen sein, wenn die Veräußerung auf dem Grundstücke erfolgt; in diesem Falle würde zwar der Erwerber das Eigentum erwerben, aber belastet mit dem Pfandrechte des Vermieters. (In letzterer Hinsicht vgl. jedoch § 560 BGB. u. SächsOLG. 25, 518).

Anm. 39. Auch das Pfändungspfandrecht erlischt, wenn die Sache so liegt, daß die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen waren, und dieser sie nach Maßgabe der vorliegenden Vorschriften veräußert hat (RG. 35, 398; Förtsch Anm. 10 zu Art. 306; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 156; Dernburg III § 103 IV Fußnote 17; OLG. Dresden SächsOLG. 26, 295).

Anm. 40. Auch das Verfolgungsrecht nach § 44 KO. erlischt. Hat z. B. der Käufer einer auf dem Transport befindlichen Ware sie durch Indossierung eines Dispositionspapiers weiter veräußert (hierüber § 365 Anm. 10), und wird er selbst zahlungsunfähig, so kann der ursprüngliche Verkäufer die Ware nicht mehr anhalten (RG. 8, 85; 32, 20; zust. Biermann § 936 Ziff. 1; v. Staudinger-Kober § 936 IV; dagegen Jaeger § 44 Anm. 29. Näheres in Exk. zu § 382).

Anm. 41. Auch das Zurückbehaltungsrecht erlischt. Zu seiner Begründung genügt es, daß der Gläubiger mittelbarer Besitzer ist (vgl. §§ 369, 372). Wenn nun der unmittelbare Besitzer, z. B. der, welcher die Sache für den Gläubiger verwahrt, sie an einen dritten

Digitized by Google

§ 366. gutgläubigen Erwerber gemäß §§ 932ff BGB. und § 366 HGB. veräußert, so geht das Zurückbehaltungsrecht unter.

Anm. 42. Aber in einem Falle ist ein dingliches Recht vor dem Erlöschen gesichert, nämlich in dem Falle, daß eine bei einem Dritten befindliche Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gutgläubig erworben wird (§ 936 Abs. 3 BGB.). In diesem Falle erlischt das Recht, das dem dritten Besitzer an der Sache zusteht, auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber nicht; also auch dann nicht, wenn der Erwerber weder wußte, noch annehmen mußte, daß dem dritten Besitzer ein Recht an der Sache zusteht. Hat z. B. jemand eine Sache bei einem Bankhause verpfändet, und veräußert er sie durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, so geht die Sache zwar in das Eigentum des Erwerbers über, aber belastet mit dem Pfandrecht des Bankiers, auch wenn der Erwerber von dem Pfandrechte des Bankhauses nichts wußte und nichts wissen konnte. Würde der Gesetzgeber diese weise Anordnung nicht getroffen haben, so würde der Rechtsunsicherheit Tür und Tor geöffnet werden. Die Rechte Dritter an einer Sache, die durch Besitzübergabe bestellt werden, würden zum großen Teile wertlos sein. (In dem Falle, daß ein Dispositionspapier — Konnossement, indossabler Lagerschein, Ladeschein — dem Adressaten oder einem Indossatar ausgehändigt und auf diese Weise Eigentum übertragen wird, geht auch das Recht des Dritten unter; solche Übergabe des Papiers gilt als körperliche Übergabe; vgl. hierüber Anm. 10 zu § 365 u. oben Anm. 14.)

Anm. 43. Sonstige Rechte, von denen man nicht sagen kann, daß die Sache mit ihnen belastet ist, erlöschen durch solchen gutgläubigen Erwerb nicht. So z. B. nicht das Paulianische Anfechtungsrecht. Dieses Recht greift ohne Rücksicht auf diese Vorschriften Platz (RG. 3, 169). Vielmehr gelten darüber, inwieweit redliche Rechtsnachfolger von Personen, gegen welche die Anfechtung sich richtet, vor Anfechtung geschützt sind, besondere Vorschriften (§ 40 KO.; § 11 des Anfechtungsgesetzes).

Anm. 44. Doch werden die Vorschriften des BGB. und des HGB. zugunsten derer, die Rechte von Nichtberechtigten herleiten, entsprechend auf andere Fälle ausgedehnt. Siehe hierüber unten Anm. 76ff.

Anm. 45. 4. **Eine besondere Behandlung hat der Gesetzgeber den Gegenständen zuteil werden lassen, die dem Eigentümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind.** Solche Sachen werden nicht Eigentum des gutgläubigen Erwerbers. Diese muß vielmehr der Erwerber trotz seiner Gutgläubigkeit dem Eigentümer zurückgeben, und zwar ohne Erstattung dessen, was er selbst dafür gegeben hat (weiteres unten Anm. 74). Wegen dieser Erstattung mag er sich an seinen Veräußerer halten. Von dieser Ausnahme sind aber wieder Geld und Inhaberpapiere, sowie Sachen, die in öffentlicher Versteigerung erworben werden, ausgenommen (§ 935 BGB.). Diese folgen also wiederum der Regel, d. h. sie werden Eigentum des Erwerbers, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war, vorausgesetzt nur, daß der Erwerber im guten Glauben war.

Anm. 46. a) Die Ausnahmen sind also: die gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen. Solche Sachen werden nicht Eigentum des Erwerbers, auch wenn er gutgläubig erwarb. Es ist dabei gleichgültig, ob der Veräußerer selbst die Sache dem Eigentümer abhanden gebracht hatte oder ein früherer Vormann. Der Makel des Abhandenkommens haftet der Sache als solcher an und bewirkt, daß kein nachfolgender gutgläubiger Rechtserwerb den Schutz genießt, der sonst redlichem Rechtserwerb zukommt. „Die abhanden gekommene Sache ist gleichsam mit einem Bann belegt und bleibt unter dem Bann auch in der Hand aller späteren Besitzer" (Cosack, BGB. II § 198 IV 2a). Was versteht man nun unter Abhandenkommen? Unter Abhandenkommen versteht man den Besitzverlust, der nicht auf der eigenen Entschließung des Besitzers beruht (Dernburg III § 103 II 2). Als Beispiele hierfür zählt das Gesetz auf: die gestohlenen und verlorenen Gegenstände. Weitere Beispiele sind: jede andere Wegnahme, die sich wegen mangelnder Strafbarkeit nicht als Diebstahl charakterisiert, z. B. Wegnahme durch einen Unzurechnungsfähigen, durch einen Ehegatten,

Digitized by Google

oder aus Irrtum, z. B. infolge einer Verwechslung (a. M. Dernburg III § 103 II 2; zust. aber Düringer-Hachenburg II 470), oder infolge unerlaubter Selbsthilfe, z. B. wenn jemand, dem eine Sache verpfändet werden sollte, sie dem Eigentümer wegnimmt, weil der versprochene Pfandbesitz nicht übertragen wird (oder wenn umgekehrt der Eigentümer dem Pfandgläubiger die Sache wegnimmt; wenn dann der Eigentümer die Sache anderweit verpfändet, so greift der Schutz des § 936 BGB. nicht Platz; vgl. RG. 1, 257). Ferner jeder andere unfreiwillige Verlust, also der durch Unachtsamkeit, Verlegen, Fallenlassen, Vergessen, Wegschwemmung herbeigeführte (RG. 1, 418). Befindet sich die Sache in den Händen eines Besitzdieners oder Besitzgehilfen, im Sinne des § 855 BGB., d. h. in den Händen einer Person, welche die tatsächliche Gewalt für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausübt, vermöge dessen sie den sich auf die Sache beziehenden Anweisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer; sie kann also nur dem anderen, dem Geschäftsherrn, abhanden kommen, und ein Abhandenkommen liegt schon dann vor, wenn jener Besitzgehilfe die Sache veruntreut oder verliert, oder sie diesem abhanden kommt. Befindet sich dagegen die Sache in den Händen einer Person, die als unmittelbarer Besitzer gemäß § 868 BGB. zu betrachten ist, d. h. einer Person, die als Nießbraucher, Mieter, Verwahrer, Pfandgläubiger oder in einem ähnlichen Verhältnisse steht, vermöge dessen sie einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer, nämlich mittelbarer Besitzer. Hier ist zu unterscheiden: gibt der *unmittelbare Besitzer* den Besitz *freiwillig* auf, veräußert er die Sache, redlich oder unredlich, so gilt sie nicht als dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommen, er hat ja den Besitz freiwillig aufgegeben, hat ja die Sache dem unmittelbaren Besitzer zum Pfande, zur Verwahrung, zur Miete überlassen, und nach dem Grundsatze „Hand muß Hand wahren", greifen hier gerade die Regeln der §§ 932—934 BGB. Platz, nicht die Ausnahme des § 935 BGB. Die in diesem Sinne unterschlagenen Sachen gehören also nicht zu den abhanden gekommenen. (So Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes 25; Biermann § 935 Anm. 2; Planck § 1006 Anm. 3b; v. Staudinger-Kober § 935 Bem. 1a; RG. 54, 72; OLG. Hamburg OLGR. 6, 119; a. M. Kuhlenbeck § 935 Anm. 2). Ebenso müßte man eigentlich entscheiden, wenn die Sache dem *unmittelbaren Besitzer ohne dessen Willen* abhanden gekommen ist. Denn auch in diesem Falle ist sie dem mittelbaren Besitzer nicht abhanden gekommen, dieser hat sie ja gerade dem unmittelbaren Besitzer anvertraut. Gleichwohl läßt das Gesetz auch in diesem Falle die gleichen Grundsätze zur Anwendung gelangen, als wenn die Sache dem mittelbaren Besitzer selbst abhanden gekommen wäre (§ 935 Abs. 1 Satz 2 BGB.). § 366.

Wie aber steht es in dem Falle, in dem der *Besitzverlust* zwar auf der Entschließung des Eigentümers beruht, diese Entschließung aber *mit rechtlichen Mängeln* behaftet ist? Hier ist zu unterscheiden, ob die Entschließung nichtig oder anfechtbar ist. Ist sie nichtig, hat z. B. ein Geisteskranker eine Sache übertragen, so ist dieser Akt als Rechtsakt unbeachtlich, und es ist die Sache tatsächlich dem Geisteskranken abhanden gekommen (Dernburg III § 103 II 2). Ebenso wenn eine Sache durch absoluten körperlichen oder seelischen Zwang (z. B. in der Hypnose) entrissen worden ist. Anders aber, wenn die Entschließung nur anfechtbar ist, wegen wesentlichen Irrtums, wegen Täuschung, Drohung oder Zwanges. Bei wesentlichem Irrtum steht Dernburg a. a. O. auf diesem Standpunkte, wohl auch bei Täuschung, nicht aber auch bei Zwang, weil „Zwang und Erpressung billig dem Diebstahl gleichstehen müssen". Allein die Billigkeit kann hier nicht entscheiden. Das Gesetz hat nun einmal die erzwungene Willenserklärung nicht als nichtig, sondern nur als anfechtbar erklärt. Die erzwungene Eigentumsübertragung ist also nicht nichtig, sondern ist zunächst gültig, und kann gültig bleiben, wenn sie nicht angefochten wird. Sie kann also in der hier in Rede stehenden Hinsicht nicht einfach unbeachtet bleiben und so angesehen werden, als beruhe die Übertragung nicht auf einem Rechtsakte, sondern als liege ein einfaches tatsächliches Abhandenkommen vor, das auf rechtlich unbeachtlicher Entschließung des Besitzers beruht (zust. Biermann § 935 Anm. 2 und im Wesentlichen Düringer-Hachenburg II 470f.). Die bloße Anfechtbarkeit der Eigentumsüber- Anm. 47.

Digitized by Google

§ 366. tragung drückt also der Sache nicht den Makel einer abhanden gekommenen auf, belegt sie nicht für den Rechtsverkehr mit diesem Banne, der den redlichen Rechtserwerb zum Teil hindert, zum Teil erschwert. Den § 935 BGB. halten jedoch Planck § 935 Anm. 2 u. Kuhlenbeck § 935 Anm. 1 für anwendbar; dagegen mit Recht OLG. Hamburg in OLGR. 10, 138.

Anm. 48. Bei anfechtbaren Eigentumsübertragungen greifen jedoch andere Regeln Platz, nämlich § 142 BGB. Dieser erklärt zwar das angefochtene Rechtsgeschäft, wenn die Anfechtung erfolgt ist, als nichtig, und der Erwerber muß, wenn die Anfechtung erfolgt, die dadurch hergestellte Nichtigkeit des Geschäfts gegen sich gelten lassen, wenn er die Anfechtbarkeit kannte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Daß die Fahrlässigkeit eine grobe sein muß (abw. 6./7. Aufl. und OLG. Hamburg in OLGR. 10, 138), ergibt sich aus Abs. 2 des § 932 BGB. Was von dem zum Eigentumserwerb erforderlichen guten Glauben gilt, muß auch hinsichtlich der Unkenntnis von der Anfechtbarkeit des Eigentums des Veräußerers Geltung besitzen. (So auch Planck § 142 Bem. 5; Biermann § 932 Bem. 6f; Cosack BGB. § 198 IV 1a; v. Staudinger-Kober § 142 Bem. 7a) Allein alles das bewirkt nicht, daß die Sache mit der objektiven Eigenschaft als „abhanden gekommen" und mit den aus diesem Makel sich ergebenden, viel weiter gehenden Hindernissen für den redlichen Rechtserwerb behaftet wird.

Anm. 49. b) Die Ausnahmen von der Ausnahme bilden Geld und Inhaberpapiere, sowie die Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.

α) Die erste Ausnahme von der Ausnahme. In öffentlicher Versteigerung werden auch abhanden gekommene Sachen Eigentum des gutgläubigen Erwerbers. Unter öffentlicher Versteigerung versteht man die öffentliche auf Grund öffentlichrechtlicher Ermächtigung erfolgte Versteigerung durch eine zu solchen Akten öffentlich ermächtigte Person (vgl. § 383 Abs. 3 BGB.; § 36 GewO.; Mot. III 349; Dernburg III § 103; II 3c). Es genügt nicht eine öffentliche Versteigerung, wenn sie nicht auf öffentlicher Ermächtigung beruht, und es genügt nicht eine auf öffentlicher Ermächtigung beruhende Veräußerung, wenn sie nicht eine öffentliche Versteigerung der zuständigen Person ist. Dabei ist aber zu erwähnen, daß die öffentliche Versteigerung, welche auf Grund eines Pfandverkaufs erfolgt, selbständigen Regeln folgt (vgl. § 368 Anm. 41 ff.). Wohl aber gehört hierher die freihändige Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher nach § 825 CPO.; denn bei dieser bedarf es zum Eigentumserwerb der Übergabe der versteigerten Sache; der Zuschlag allein (§ 817 CPO.) genügt hier nicht (JW. 97, 149[16]). Daher liegt eine wirksame Übergabe vor, wenn der Gläubiger die gepfändete Sache nach § 825 CPO. durch den Gerichtsvollzieher versteigern läßt und über die von ihm versteigerte Sache mit dem Schuldner einen Mietvertrag abschließt (KG. in KGBl. 16, 63).

Anm. 50. β) Die zweite Ausnahme von der Ausnahme bilden Geld und Inhaberpapiere. Diese werden, sie mögen öffentlich oder privatim veräußert werden, Eigentum dessen, der sie vom Nichteigentümer und vom Nichtverfügungsberechtigten erwirbt, auch dann, wenn sie dem Eigentümer abhanden gekommen sind. Auch wenn das Abhandenkommen vor der Emission oder nach der Emission beim Aussteller, der das Papier zurückerworben hatte, erfolgt ist, greift diese Vorschrift Platz, wie jetzt gemäß dem im § 794 BGB. enthaltenen Prinzip nicht zweifelhaft sein kann (vgl. ROHG. 17, 150; RG. 18, 8). — Der gute Glaube muß sich auch auf die Eigenschaft „als abhanden gekommen", erstrecken, damit diese Ausnahme von der Ausnahme, also der der Regel entsprechende Schutz des gutgläubigen Erwerbs Platz greift, d. h. der Erwerber muß gutgläubig angenommen haben, es handle sich nicht um eine abhandengekommene Sache (vgl. oben Anm. 22). Es muß aber zur Vermeidung von Mißverständnissen auch hier wieder betont werden, daß dieser gute Glaube nur in Frage kommt, wenn es ein Nichteigentümer war, der die Sache veräußert hat. War der Veräußerer Eigentümer geworden, also jemand, der vom Eigentümer erworben hatte oder vom Nichteigentümer gutgläubig, so schadet der böse Glaube hinsichtlich der Eigenschaft als abhandengekommen nicht;

Digitized by Google

denn dann hat der Erwerber vom Eigentümer erworben und ist dadurch ohne weiteres Eigen- § 366.
tümer geworden (oben Anm. 30). Durch einen gutgläubigen Erwerb verliert hier die Sache ihren Makel als abhandengekommene, was sonst bei abhandengekommenen Sachen, außer Geld und Inhaberpapieren, nicht der Fall ist (oben Anm. 46). Der gutgläubige Erwerb bricht hier den Bann, mit dem abhandengekommene Sachen sonst belegt sind. Der Fall, daß der gegenwärtige Erwerber, von dem also das Papier herausverlangt wird, derselbe ist, der die Sache abhanden gebracht oder sonst durch ein mangelhaftes Rechtsgeschäft an sich gebracht hat, ist hier nicht in Frage, sondern richtet sich nach allgemeinen Rechtsregeln. Hatte er z. B. die Sache gestohlen, so kann der wahre Eigentümer und der Bestohlene sie von ihm vindizieren. Hat er sie durch Vertrag erlangt, so kann der Betrogene die Erklärung anfechten, und die Sache zurückverlangen. Aber wenn die Erklärung unangefochten bleibt, so bleibt der Erwerb gültig, und wenn der betrügerische Erwerber an das Eigentum des Betrogenen glaubt, so hat er im Sinne unserer Vorschriften „gutgläubig" erworben und wird Eigentümer.

Zu den Inhaberpapieren in obigem Sinne gehören auch die unechten Inhaberpapiere im Sinne des § 807 BGB. (die Karten, Marken usw., oben Anm. 6; a. M. 6./7. Aufl.); ferner Briefmarken, Inhaberaktien (über Inhaberaktien die auf Grund eines nichtigen Kaduzierungsverfahrens ausgegeben sind s. § 219 Anm. 5), Lose, Kupons, nicht aber Orderpapiere, auch wenn sie mit Blankoindossament versehen sind; dadurch werden sie noch nicht Inhaberpapiere. Nicht hierher gehören die inhaberähnlichen Papiere (oben Anm. 6); für sie gilt § 952 BGB. (Biermann § 935 Anm. 4). — Unter Geld ist das kursierende Metallgeld zu verstehen, nicht ungültige, nicht außer Kurs gesetzte Münzen, wohl aber Geldzeichen z. B. Reichskassenscheine und Banknoten, d. h. also Geld jeder Art, das als Umlaufsmittel gilt (Dernburg § 103 II 3a; vgl. oben § 361 Anm. 4f.).

5. **Die Beweislast.** Wer sich im Besitze befindet, braucht nicht nachzuweisen, daß er Eigentümer Anm. 51.
geworden ist (§ 1006 BGB.). Der Vindikant muß ihm vielmehr das Gegenteil beweisen. Diesen Beweis führt er aber nicht dadurch, daß er beweist, daß der Besitzer von einem Nichteigentümer erworben habe. Denn wenn auch der Erwerb von einem Nichteigentümer an und für sich Eigentum nicht überträgt, sondern nur dann, wenn der gute Glaube auf seiten des Erwerbers hinzutritt, so braucht doch diese Voraussetzung nicht von dem Besitzer nachgewiesen zu werden. Denn die Gutgläubigkeit wird vermutet und wer Schlechtgläubigkeit behauptet, muß diese nachweisen. Dies ist durch die Wortfassung des § 932 BGB. zum Ausdruck gebracht, stimmt übrigens auch mit der früheren Rechtsprechung überein (Bolze 6 Nr. 1047: RG. 37, 71). Es genügt auch nicht der Nachweis des die Sache Herausverlangenden, daß er einmal Eigentümer der Sache gewesen ist; er muß vielmehr beweisen, entweder daß der Besitzer kein Eigentum erworben oder es wieder verloren hat, oder daß die Sache ihm oder dem früheren Besitzer gestohlen, verloren oder sonstwie im Sinne des § 935 BGB. abhanden gekommen ist (RG. 55, 56; Prot. III, 208). Die Vermutung des § 1006 BGB. steht dem Besitzer selbstverständlich nicht zur Seite, der die Sache dem mit der Eigentumsklage Auftretenden abgepfändet hat (OLG. Hamburg in HansGerZ. 05 Beibl. Nr. 56); wohl aber dann, wenn letzteres nicht der Fall ist (OLG. Hamburg in OLGR. 8, 193). Der durch Vollindossament eines Orderpapiers Legitimierte hat die Vermutung für sich, daß eine Übertragung zu vollem Eigentum stattgefunden hat (RG. 4, 158).

Ist nun aber dem Erwerber nachgewiesen, oder steht fest, daß er vom Nichteigentümer erworben und gewußt oder grobfahrlässigerweise nicht gewußt hat, der Veräußerer sei Nichteigentümer, dann muß der Erwerber, um sich gleichwohl im Besitze zu schützen, dartun, daß die besonderen Voraussetzungen des § 366 HGB. vorliegen, d. h. daß er die Sache von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erworben hat. Dies ist eine Besonderheit, eine Ausnahme von § 932 BGB. Sie ist daher vom Erwerber zu beweisen. Der Erwerber wird, obwohl er vom Nichteigentümer gekauft und dies gewußt hat, dennoch aus einem besonderen Grunde Eigentümer. Aber er hat genügend dargetan, wenn er beweist, daß er von

Digitized by Google

§ 366. einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erworben hat. Wird dies bewiesen oder steht dies fest, so müßte ihm der Vindikant nunmehr wieder beweisen, daß er nicht oder nur aus grober Fahrlässigkeit angenommen hat, der Kaufmann sei zur Verfügung über den Gegenstand berechtigt. Tut der Erwerber von vornherein dar, daß er den Gegenstand von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erworben hat, dann muß der Vindikant ihm beweisen, daß der Erwerber weder annehmen durfte, der Veräußerer sei Eigentümer, noch er sei verfügungsberechtigt (vgl. oben Anm. 18).

Anm. 52. Selbstverständlich muß dem Erwerber auch nachgewiesen werden, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war; denn das ist ja die objektive Grundlage des Vindikationsanspruchs. Der Erwerber braucht natürlich nicht nachzuweisen, daß der Veräußerer Eigentümer war; er braucht ja nicht einmal, wenn feststeht, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war, nachzuweisen, daß er ihn gutgläubig für den Eigentümer gehalten habe. Nur eine Ausnahme machte die bisherige Rechtsprechung: wenn es sich nämlich um gestohlene oder verlorene Sachen handelte, so wurde angenommen, daß, wenn der Kläger dem Beklagten die Unredlichkeit in dieser Hinsicht d. h. in bezug auf die Eigenschaft der Ware als abhanden gekommen, nachgewiesen hatte, der Vindikant genügend bewiesen habe, und wenn sich der Erwerber angesichts dieses Beweises gleichwohl im Besitze schützen wollte, so mußte er dartun, daß einer seiner Rechtsvorgänger redlicher Erwerber und dadurch Eigentümer geworden war (RG. 37, 78). Diese Entscheidung gilt auch für das neue Recht. Sie entspricht dem Geiste der hier in Rede stehenden Vorschriften. Es ist eine ganz besondere Ausnahmebestimmung, daß bei Geld und Inhaberpapieren der gutgläubige Erwerb auch dann das Eigentum überträgt, wenn es sich um abhandengekommene Sachen handelt. Dieses Schutzes muß man sich aber durch eine erhöhte Aufmerksamkeit würdig machen; man hat die zur Prüfung des Eigentums des Vorgängers hinzutretende Pflicht, zu prüfen, ob es sich um eine abhanden gekommene Sache handelt. Wer diese Pflicht verletzt, hat jenen besonderen Schutz verwirkt. Wenn er gleichwohl das Eigentum für sich in Anspruch nimmt, so liegt ihm die Beweislast ob, daß trotz der Verletzung der ihm aus Gründen der Verkehrssicherheit obliegenden Prüfungspflicht das Eigentum dennoch auf ihn übergegangen sei. Dazu kommt, daß es nur infolge eines besonders günstigen Zusammentreffens der Umstände geschehen kann, daß ein Rechtsvorgänger Eigentümer geworden ist. Denn normaler Weise wird der Verlust abhanden gekommener Papiere sofort veröffentlicht, und jeder künftige Rechtserwerb ist schlechtgläubig. Das Vorliegen besonderer Umstände muß aber der beweisen, der sich darauf beruft.

Anm. 53. C. **Die Verpfändung von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren an den redlichen Pfandnehmer.**

1. In welcher Weise die Verpfändung beweglicher Sachen und Inhaberpapiere erfolgt, darüber siehe Anm. 6 ff. zu § 368.

Anm. 54. 2. Wenn zur Zeit des Pfanderwerbs der Gläubiger in gutem Glauben ist, so finden die für den gutgläubigen Eigentumserwerb geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (s. die maßgebenden §§ 1207, 1208 BGB. oben Anm. 1).

a) Das bedeutet: Der Gläubiger erwirbt das Pfandrecht, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war (das wahre Eigentum erlischt nicht etwa; § 1207 BGB.). Ist die vom Eigentümer oder vom Nichteigentümer verpfändete Sache mit dem Recht eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht dessen vor, der sich beim Erwerb seines Pfandrechts in dem guten Glauben befand, daß ein älteres Pfandrecht nicht vorhanden sei (§ 1208 BGB.). Ein Erlöschen des Rechts des Dritten findet wiederum nicht statt. Wird also ein gepfändeter Gegenstand einem andern Gläubiger zum Pfand bestellt, und ist er gutgläubig, so geht das so erworbene Pfandrecht dem Pfändungspfandrecht vor. Weiter geht dieser Schutz nicht (hierüber unten Anm. 58). Darüber, wie es sich verhält, wenn die Frau über ihr eingebrachtes Gut oder der Mann über solches Gut durch Belastung mit einem Pfandrecht verfügt s. Anm. 36 oben. Öffentlichen Pfandleihanstalten kann das Recht landesgesetzlich

Digitized by Google

eingeräumt werden, die ihnen verpfändeten Sachen nur gegen Bezahlung der auf die Sache gewährten Darlehen herauszugeben (Art. 94 Abs. 2 EG. z. BGB.). § 366.

Eine im mittelbaren Besitze des Verpfänders stehende Sache kann zwar ebenfalls verpfändet werden. Doch bleibt das Recht des unmittelbaren Besitzers bestehen, auch wenn der Pfandnehmer gutgläubig angenommen hat, ein solches Recht des unmittelbaren Besitzers bestehe nicht (§§ 1205 Abs. 2, 1208, 936 Abs. 3 BGB.).

Eine im unmittelbaren Besitz des Pfandnehmers und im mittelbaren Besitz des Verpfänders befindliche bewegliche Sache kann in der Weise weiterverpfändet werden, daß der Verpfänder bei der Nachverpfändung an den Nachpfandnehmer gemäß §§ 934, 1207 BGB. seinen mittelbaren Besitz durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs gegen den ersten Pfandnehmer als Ersatzübergabe (§§ 868, 870 BGB.) auf den Nachpfandnehmer überträgt und den ersten Pfandnehmer hiervon in Kenntnis setzt. In diesem Augenblick muß der Nachpfandnehmer sich in gutem Glauben befinden. Dem Nachpfandnehmer schadet es daher nicht, wenn ihm nachher die Pfandsache zum Zweck der Verwirklichung seines Nachpfandrechts zu einem Zeitpunkt ausgeliefert wird, in dem er von dem Nichteigentum des Verpfänders Kenntnis besaß (RG. 54, 70).

b) **Die Ausnahme, daß sich die Wirkung des gutgläubigen Erwerbes auf abhanden gekommene Sachen nicht bezieht,** greift auch hier Platz (§§ 1207, 1208, 935 BGB.); **desgleichen die Ausnahme von der Ausnahme, daß bei Geld und Inhaberpapieren** der gutgläubige Erwerb auch dann geschützt wird, wenn es abhanden gekommene Sachen sind (§§ 1207, 1208, 935 BGB.). Anm. 55.

Siehe daher hier überall die Erläuterungen oben Anm. 46 ff.).

c) **Das Nähere über guten Glauben siehe oben Anm. 16 ff. Der besondere und erweiterte Schutz des** § 366 HGB., nach dem der gute Glaube unter gewissen Voraussetzungen auch dann vorhanden ist, wenn der Erwerber angenommen hat, der Veräußerer sei zwar nicht Eigentümer, aber doch zur vorbehaltlosen Verpfändung für den Eigentümer berechtigt, greift auch hier Platz (vgl. oben Anm. 18 ff.). Anm. 56

d) **Auf den Pfanderwerb an Orderpapieren bezieht sich alles das nicht.** Hier entscheiden vielmehr § 365 und Art. 74 WO. (s. oben § 365 Anm. 8 ff.). Anm. 57.

e) **Auf das Pfändungspfandrecht bezieht sich dies alles gleichfalls nicht.** Die Wirksamkeit dieses Pfandrechts hängt immer davon ab, daß die gepfändeten Sachen wirklich Eigentum des Schuldners sind. Guter Glaube des Vollstreckungsgläubigers oder des Gerichtsvollziehers sind ohne Belang. Nur in den beschränkten Grenzen des § 898 CPO. (hierüber oben Anm. 15) ist dem guten Glauben im Gebiet der Zwangsvollstreckung Einfluß zugestanden (RG. 22, 270; 26, 103; OLG. Hamburg in OLGR. 2, 219; OLG. Dresden in OLGR. 4, 329; OLG. Frankfurt in Frankf. Rundschau 39, 144; vgl. auch Mot. III 797). Darüber, wie es sich im Falle der Versteigerung verhält, siehe Anm. 75 unten. Bei Pfändung einer fremden Sache entsteht das Pfandrecht in dem Augenblick, in dem der Pfändungsschuldner das Eigentum erwirbt, wenn in diesem Zeitpunkt das Pfändungspfandrecht noch besteht; § 185 BGB. gilt hier also nicht (JW. 05, 168[6]). Wird aber ein gepfändeter Gegenstand einem andern gutgläubigen Gläubiger zum Pfand bestellt, so erwirbt er ein Pfandrecht, das dem Pfändungspfandrecht vorgeht. Letzteres erlischt also nicht. Anm. 58.

f) **Was den Pfanderwerb an Gegenständen, über die Dispositionspapiere ausgestellt sind, betrifft,** so ist zu unterscheiden: die Verpfändungen, die durch Übergabe des Dispositionspapiers an den in dem Papiere bezeichneten Adressaten erfolgen, und die Verpfändungen, die durch Übertragung des mittelbaren Besitzes seitens des Adressaten an einen Dritten geschehen, folgen den hier in Rede stehenden Regeln, wobei die erstgedachte Übergabe des Papiers als reine körperliche Übergabe des Gutes gilt (oben Anm. 14, 42 u. § 365 Anm. 10). Was dagegen den Pfanderwerb betrifft, der durch Indossierung des an Order ausgestellten Dispositionspapiers erfolgt, so folgt dieser den Regeln von den Orderpapieren (oben Anm. 57; besonders § 368 Anm. 28 ff.). Anm. 59.

Digitized by Google

§ 366. D. Gutgläubiger Erwerb der gesetzlichen Pfandrechte. (Lit.: Siber, Die gesetzl. Pfandrechte
Anm. 60. des Vermieters, Verpächters und des Gastwirts in Fischers Abh. 5 Heft 2 S. 1 ff.).

Das BGB. gewährt gesetzliche Pfandrechte: dem Hinterleger am Hinterlegten (§ 233); dem Vermieter an den eingebrachten Sachen des Mieters (§§ 559—563); dem Verpächter an den eingebrachten Sachen des Pächters (§§ 581—585); dem Pächter an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken (§ 590); dem Unternehmer für seine Forderungen aus dem Werkvertrag an den in seinen Besitz gelangten, hergestellten oder ausgebesserten Sachen des Bestellers (§ 647); dem Gastwirt an den eingebrachten Sachen des Gastes (§ 704). Außerdem enthält das HGB. die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs (§ 397), des Spediteurs (§§ 410, 411), des Lagerhalters (§ 421), des Frachtführers (§ 440) am Kommissions-, Speditions-, Lager- und Frachtgut wegen der Ansprüche aus ihren Geschäften. Dazu treten noch einige gesetzliche Pfandrechte nach den seerechtlichen Bestimmungen des HGB. (§§ 614, 623, 674, 725, 751, 755) und nach dem Binnenschiffahrtsgesetz (§§ 22 Abs. 2, 26, 28, 77 Abs. 2, 89, 97, 103, 105, 107, 109) sowie endlich das Pfandrecht wegen öffentlicher Abgaben (§ 49 Ziff. 1 KO.).

Durch Abs. 3 des vorliegenden § 366 sind nur die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens den nach Abs. 1 unseres Paragraphen vertragsmäßig bestellten Pfandrechten, also den Pfandrechten gleichgestellt, die ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes bestellt hat. Die 6./7. Auflage hat (in § 366 Anm. 58, § 368 Anm. 75) die Ansicht vertreten, daß in Abs. 3 nur die Regel bestätigt sei, wonach jeder gesetzliche Pfandgläubiger, der in einen Besitz, wie er zur Bestellung eines vertragsmäßigen gehört, gelangt sei, denselben Schutz gutgläubigen Erwerbs genieße, wie er beim vertragsmäßig bestellten Pfandrecht bestehe (§§ 1257, 1207, 1208 BGB.; so auch Düringer-Hachenburg II 474 mit Einschränkung auf die Fälle, in denen zum gesetzliche[n] Tatbestand Besitzübergabe gehört). Nun ist der entscheidende § 1257 BGB., nach dem die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechend anzuwenden sind, gerade deshalb so gefaßt worden, weil die aushilfsweise Heranziehung der Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Begründung (also über die Entstehung) der vertragsmäßigen Pfandrechte kaum in irgendeinem Punkte gerechtfertigt sei (Mot. III 797). Dagegen verhalte es sich mit entsprechender Anwendung der für den Inhalt der vertragsmäßigen Pfandrechte gegebenen Bestimmungen anders; hier finde eine entsprechende Anwendung mit Berücksichtigung der Eigenart des einzelnen gesetzlichen Pfandrechts statt. Der Gesetzgeber hat also durch den hiernach deutlichen Sinn und Wortlaut des § 1257 BGB. gerade den gutgläubigen Erwerb anderer gesetzlicher Pfandrechte als der in § 366 Abs. 3 HGB. ausnahmsweise zugelassenen ausgeschlossen. Die beiden Denkschriften (208 u. 207) betonen ausdrücklich diesen Gegensatz zum Bürgerlichen Recht, den § 366 Abs. 3 HGB. fortbestehen lassen wolle. In den Kommissionsverhandlungen ist kein Bedenken dagegen laut geworden. Andere gesetzliche Pfandrechte als die in Abs. 3 des § 366 (u. des § 623 Abs. 3 HGB.: Pfandrecht des Verfrachters) können somit nicht durch guten Glauben erworben werden. Die Rechtsprechung steht auch auf diesem Standpunkt (RG. in OLGR. 2, 80; OLG. Colmar in OLGR. 3, 28; OLG. Dresden in OLGR. 4, 329, wo insbesondere ausgeführt ist, daß der Vermieter nicht durch guten Glauben an das Eigentum, der vom Mieter eingebrachten Sachen an diesen ein Pfandrecht erlangen kann); vgl. auch oben Anm. 38; ebenso Dernburg III § 263, III 2 Fußnote 9; Planck § 1257 Bem. 3a; Biermann § 1257 Bem. 2.

Anm. 61. 1. Den gesetzlichen Pfandrechten des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers wird also allein diese Ausnahmsstellung zugewiesen. Das Nähere hierüber zu den §§ 397, 410, 421, 440 u. 443 u. § 368 Anm. 88 ff.

Anm. 62. 2. Die Gleichstellung bedeutet: Erwirbt ein Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht gegen irgendwelche Person, Kaufmann oder Nichtkaufmann, so hat der gutgläubige Erwerb die gleichen Folgen, wie wenn jemand gemäß Abs. 1 des § 366 ein Pfandrecht durch Vertrag er-

Digitized by Google

wirbt, d. h. wie wenn jemand von einem Kaufmann im Betriebe des Handelsgewerbes eine Sache gutgläubig verpfändet erhält. Jene gesetzlichen Pfandrechte werden also hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens gleichgestellt den vertragsmäßig bestellten Pfandrechten und zwar den vertragsmäßig bestellten Pfandrechten, die ein Kaufmann in seinem Handelsgewerbe bestellt (OLG. Kiel OLGR. 6, 97). § 366.

3. Aus dieser Gleichstellung ergeben sich die Voraussetzungen und Wirkungen des gutgläubigen Erwerbes jener gesetzlichen Pfandrechte im einzelnen, wie das folgende veranschaulicht: Anm. 63.

a) Nur auf das gesetzliche Pfandrecht der gedachten Personen bezieht sich die Ausnahmestellung. Wird einem Bankier, der sich mit der kommissionsweisen Erledigung von Börsengeschäften befaßt, vertragsmäßig ein Pfand bestellt, so findet der weiter reichende Schutz des § 366 hierauf keine Anwendung, sondern nur der Schutz der §§ 1207, 1208 BGB., wenn nicht etwa gleichzeitig auch ein gesetzliches Pfandrecht an den Sachen entstanden oder der Verpfänder Kaufmann ist. Anm. 64.

b) Auf die in Rede stehenden gesetzlichen Pfandrechte finden alle Vorschriften des BGB. über gutgläubigen Pfanderwerb von Sachen Anwendung, also die §§ 1207 und 1208 BGB., verstärkt durch den Schutz des § 366 HGB. und gemildert durch die Vorschrift des § 367 HGB. Anm. 65.

c) An abhanden gekommenen Sachen wird hiernach das gesetzliche Pfandrecht nicht erworben, außer wenn es Geld oder Inhaberpapiere sind (vgl. oben Anm. 46 ff.). Anm. 66.

4. **Was nun die handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechte an Orderpapieren anlangt,** so erhebt sich die Frage, welchen Pfandrechten werden sie gleichgeachtet, den nach allgemeinen Vorschriften bestellten, oder den durch Indossament und Übergabe des Papiers bestellten (vgl. Anm. 9—13 zu § 368)? Das erstere trifft zu, weil die besonderen Wirkungen, die an den gutgläubigen Erwerb durch Indossament geknüpft werden, und die weit über den Schutz gutgläubigen Erwerbes nach den allgemeinen Regeln hinausgehen, nur eine besondere Eigentümlichkeit des Indossaments sind. Für den Fall, daß das Orderpapier mit einem Blankoindossament versehen ist und in dieser Form in das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, Frachtführers usw. gelangt, kann hier nichts anderes gelten. Über den Unterschied in der Wirkung, ob die Regeln der einen oder der anderen Verpfändungsart entsprechend angewendet werden, siehe § 368 Anm. 26 f. Anm. 67.

5. **Bei den sogenannten Dispositionspapieren gelten ebenfalls die Regeln von der Verpfändung nach allgemeinen Grundsätzen als entsprechend anwendbar.** Hier aber ist außerdem noch zu erwähnen, daß von dem gesetzlichen Pfandrechte an Dispositionspapieren wohl zu unterscheiden ist das gesetzliche Pfandrecht an dem Gute selbst, über das der Kommissionär, Frachtführer usw. durch Dispositionspapier als legitimierter Besitzer desselben verfügen kann. Über diesen Unterschied siehe § 368 Anm. 91. Anm. 68.

Zusatz 1. Dadurch, daß der gutgläubige Erwerb das frühere Eigentum und frühere dingliche Rechte zur Aufhebung bringt, wird der frühere Inhaber des Rechts geschädigt. Es frägt sich, worin besteht die Ausgleichung des ihm zugehenden Schadens? Anm. 69

a) Gegen den Veräußerer:

α) Gegen den Veräußerer hat er in allen Fällen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 816, 818 BGB.). Diese Voraussetzung trifft z. B. nicht zu, wenn der Kommittent von seinem Kommissionär auf Grund des Kommissionsverhältnisses erwirbt (RG. in ElsLothrZ. 29, 299). Die Veräußerung kann sich aber auch als Verletzung von Vertragsrechten und als unerlaubte Handlung darstellen; denn es kann niemand über eine Sache verfügen, bevor er seine Befugnis dazu festgestellt hat (JW. 03 Beil. 115[258]). Auch ein Verstoß gegen die guten Sitten kann in einer solchen Veräußerung enthalten sein (§ 826 BGB.). In diesen Fällen greifen die betreffenden Grundsätze Platz (vgl. oben Anm. 50).

β) Dem Veräußerer gegenüber kann der frühere Inhaber sich aber auch lediglich auf den Standpunkt des nichtbesitzenden Eigentümers stellen, der mit der Eigentumsklage vom Besitzer die Herausgabe der Sache nach § 985 BGB. und, falls der Besitzer sich der Sache Anm. 70.

Digitized by Google

§ 366. entäußert hat, Ersatz nach §§ 986 ff. BGB. verlangt. Die alsdann eintretenden Regeln sind verschieden, je nach der Unredlichkeit oder Redlichkeit des Besitzes:

Anm. 71. *aa*) Der Besitzer ist von Anfang an unredlicher Besitzer, wenn er seinen Besitz durch verbotene Eigenmacht oder eine strafbare, wenn auch nur fahrlässige Handlung erlangt hat. Alsdann haftet er dem Eigentümer wie aus unerlaubter Handlung (§§ 858, 992 BGB.); die verbotene Eigenmacht muß aber eine schuldhaft widerrechtliche sein (JW. 05, 494[20]; vgl. RG. 55, 55). Bei der bloßen Eigentumsklage kann der Besitzer nicht nach den Grundsätzen über die Haftbarkeit aus unerlaubter Handlung (§ 823 BGB.) in Anspruch genommen werden, wenn der Besitzer den Herausgabeanspruch des Eigentümers durch Besitzesentäußerung vorsätzlich oder fahrlässig vereitelt hat: denn die Vorschrift des § 992 BGB. beseitigt hier den § 823 BGB. (Mot. III, 392; RG. 56, 316). Abgesehen vom Besitzerwerb durch verbotene Eigenmacht und strafbare Handlung haftet der bösgläubige Besitzer für Veräußerung, schuldhaften Verlust und schuldhafte Verschlechterung nur nach Maßgabe der §§ 990, 991 BGB., d. h. er hat den aus der Sache gezogenen Gewinn herauszugeben und den Gewinn zu ersetzen, den er aus Lässigkeit aus der Sache nicht gezogen hat (§ 987 BGB.). So haftet derjenige, der von Anfang an bösgläubig war, d. h. schon beim Besitzerwerb das Eigentum des andern oder sein Nichteigentum kannte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht kannte (oben Anm. 17 ff.). Dasselbe gilt, wenn der Besitzer nach dem Erwerb, aber vor Entäußerung des Besitzes diese Kenntnis erlangt hat, von diesem Augenblick an; grobfahrlässige Unkenntnis steht der Kenntnis in diesem Falle nicht gleich (§§ 990, 937 Abs. 2 BGB.; RG. 56, 317). Diese Kenntnis wird nicht ohne weiteres, z. B. nicht bei verwickelten Eigentumsverhältnissen, durch Zustellung der Eigentumsklage bewirkt (JW. 05, 494[20]), obgleich die Rechtshängigkeit der Eigentumsklage regelmäßig besondere Wirkungen äußert (s. folg. Anm.). Entstehen gegen den bösgläubigen Besitzer infolge des Verzugs mit der Herausgabe weitergehende Ansprüche (§§ 990, 284 ff., 286 f. BGB.), so können auch diese geltend gemacht werden.

Anm. 72. *ββ*) Der redliche Besitzer ist dem Eigentümer regelmäßig bis zur Rechtshängigkeit der Eigentumsklage für keinerlei über die Sache getroffene Verfügung verantwortlich, haftet für solche Verfügungen nur nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung (vgl. Gruch. 37, 122), hat auch nur die wirklich gezogenen Nutzungen herauszugeben. Selbstverständlich wird der redliche Besitzer bösgläubig, sobald er das Recht des Eigentümers kennt (vorige Anm.). Außerdem wird er einem bösgläubigen Besitzer gleich behandelt vom Augenblick der Rechtshängigkeit der Eigentumsklage an (§ 989 BGB.; vgl. vorige Anm.). Eine fernere Ausnahme besteht im Falle unentgeltlichen Erwerbs; s. unten Anm. 75. Endlich haftet der redliche Besitzer für die Verzugsfolgen bei verzögerter Herausgabe, falls die Rechtshängigkeit eingetreten ist; denn nur der unredliche Besitzer hat für Verzugsfolgen einzustehen (vgl. vorige Anm. u. Planck § 990 Anm. 4).

Anm. 73. b) Gegen den Pfandbesteller finden die unter a (Anm. 69—72) erörterten Grundsätze entsprechende Anwendung. Es bietet hier jedoch die Frage Schwierigkeiten, wie man sich eine Bereicherung des redlichen Verpfänders vorzustellen hat (oben Anm. 72), weil die Pfandbestellung an sich kein unentgeltliches Geschäft ist. Diese Frage läßt sich nur nach dem Einzelfall beantworten. Jedenfalls kann man nicht als Kennzeichen einer Bereicherung (mit Schöninger in Seuff. Bl. 05, 685; Düringer-Hachenburg 2, 476) betrachten, ob der Verpfänder durch die Pfandbestellung von einer Schuld befreit wurde — ganz abgesehen davon, daß § 816 Abs. 1 BGB. die Herausgabe des Erlangten lediglich von der Wirksamkeit der von einem Nichtberechtigten getroffenen Verfügung abhängig macht und nicht von einer Bereicherung.

Anm. 74. c) Gegen den gutgläubigen Erwerber hat der Eigentümer, wenn ihm die Sachen gestohlen oder abhanden gekommen sind, den Herausgabeanspruch nach §§ 985, 935 BGB. (hierüber oben Anm. 45 ff. u. 72). Hat danach der gutgläubige Käufer Diebesgut, das versetzt war, gekauft und das Pfand eingelöst, so steht ihm ein Ersatzanspruch nach § 994 BGB. nur zu, wenn der Pfandnehmer eine öffentliche Pfandleihanstalt war, und diese nach landes-

Digitized by Google

gesetzlicher Vorschrift die Herausgabe des Pfandes ohne Zahlung des auf die Sache gewährten Darlehns verweigern konnte (Art 94 EG. z. BGB.; OLG. Köln im RheinA. 101, I 250). Hat der gutgläubige Käufer gestohlenes Gut zu angemessenem Preis erworben und vor Eintritt der Bösgläubigkeit (oben Anm. 72) zu angemessenem Preis weiterveräußert, so fehlt es an einer Verantwortlichkeit nach §§ 989, 990 BGB., weil die Herausgabe zur Zeit der Gutgläubigkeit unmöglich geworden, und er keinen Gewinn gemacht hat. Ebenso liegt der Fall, wenn der Käufer, um bei demselben Beispiel zu bleiben, das von ihm gutgläubig erworbene, gestohlene Gut mit eigenen Sachen, z. B. durch Einschmelzen nach §§ 947 Abs. 1, 948 BGB. oder durch untrennbare Vermischung zu einer einheitlichen andern Sache gemacht und sodann diese Sache noch gutgläubig zu angemessenem Preis weiterveräußert hat; denn es fehlt auch hier an einer Bereicherung, und ein Rechtsverlust ist nicht durch die Verarbeitung (§ 951 BGB.) sondern durch die Veräußerung und den Eigentumserwerb des Dritten herbeigeführt (KG. in KGBl. 16, 83). Handelt es sich nicht um gestohlene oder oder sonst abhanden gekommene Sachen, so hat der frühere Eigentümer nur dann einen Anspruch auf Herausgabe, wenn der Erwerber unentgeltlich erworben hat; alsdann muß der Eigentümer auch alle gezogenen Nutzungen nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben (§§ 988, 816 BGB.). Derselbe Grundsatz findet Anwendung, wenn der Erwerbsakt materiell ungültig war; wenn z. B. ein Agent unter Überschreitung seiner Vollmacht veräußert hat, kann man nicht (mit RG. 45, 265) sagen, der Erwerber sei infolge seines guten Glaubens zwar Eigentümer geworden, aber der wahre Eigentümer habe auf Grund der Bereicherung einen Anspruch auf Rückgabe. Jene Entscheidung bezog sich auf Art. 74 WO., und das frühere Recht war auch nach jenem Recht nicht unbedenklich (vgl. Staub zu Art. 74 WO.). Jetzt trifft sie angesichts des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht mehr zu. § 366.

d) Gegen den redlichen Pfandgläubiger hat der Eigentümer einen Anspruch und zwar auf Rückgängigmachung der Verpfändung, wenn die Pfandbestellung unentgeltlich erfolgt ist (§ 816 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Andere Grundsätze greifen ein, wenn der Gläubiger seinem Schuldner nicht gehörige Sachen pfändet, versteigern läßt und den Erlös eingezogen hat. Ein Pfandrecht hatte der redliche Pfändungspfandgläubiger nicht erworben (oben Anm. 58); er muß, da er zur Verfügung über die Sache nicht berechtigt war, der gutgläubige Ersteher aber Eigentum erworben hat (§§ 1244 Abs. 1, 1233 BGB.), das Empfangene dem früheren Eigentümer nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. herausgeben (vgl. RG. 26, 103; 40, 292; 43, 180 gegen RG. 13, 173; über diese Streitfrage vgl. Wolff, Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache, Berlin 1905 u. v. Staudinger-Kober § 816, 2a δ; dort auch Zusammenstellung der Lit.). Nicht anders verhält es sich, wenn der Gläubiger nach § 817 Abs. 4 CPO. selbst den Zuschlag erhalten hat. Anm. 75.

Darüber, welche Einreden der redliche Pfandbesitzer der Eigentumsklage entgegenhalten kann, entscheidet das Recht des Ortes, an dem die Verpfändung stattfand (RG. 28, 111; Gruch. 29, 869).

Zusatz 2. An sich erlöschen durch gutgläubigen Erwerb von Eigentum und Pfandrecht nur das Eigentum und Rechte, mit denen die Sache belastet ist. **Aber das BGB. dehnt die Regeln über den gutgläubigen Erwerb entsprechend auf ähnliche Fälle aus:** Anm. 76.

a) So auf Veräußerungsverbote gewisser Art, nämlich gesetzliche Verbote, die nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken, und auf behördliche Verbote (§§ 135 Abs. 2, 136 BGB.). Den durch ein solches Verbot geschützten Personen gegenüber kann durch eine Verletzung des Verbots Eigentum nicht erworben werden, wohl aber dem Veräußerer gegenüber z. B gegenüber dem späteren Gemeinschuldner im Falle des § 106 KO. trotz Kenntnis des Verbots seitens des Erwerbers (OLG. Dresden SächsA. 93, 257). Hat sich aber der Erwerber zur Zeit seines Erwerbs in gutem Glauben befunden, d. h. war dem, der von dem späteren Gemeinschuldner entgegen einem vor Konkurseröffnung erlassenen Veräußerungsverbot des § 106 KO. (vgl. § 113 KO.) eine Sache erworben hat, z. Zt. des Besitzerwerbs

Digitized by Google

§ 366. das Verbot unbekannt und beruhte diese Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit, so ist trotz des Verbots Eigentum auch gegenüber den Konkursgläubigern erworben (vgl. Jaeger § 106 Anm. 8). Hierher gehört auch die durch einstweilige Verfügung angeordnete Verfügungsbeschränkung (JW. 03 Beil. 75[172]; vgl. RG. 51, 129); die Veräußerungsbeschränkung des § 90 PrBG. (OLG. Hamburg OLGR. 8, 401); die Verfügung eines Miterben über einzelne Nachlaßgegenstände (§ 2033 Abs. 2 BGB.; OLG. Breslau Recht 04, 164), die Veräußerung durch den Konkursverwalter entgegen § 128 KO. (RG. 46, 165).

Hierbei ist darauf aufmerksam zu machen, daß rechtsgeschäftliche Veräußerungsbeschränkungen Dritten gegenüber — abgesehen von § 892 BGB. — überhaupt bedeutungslos sind (§ 137 BGB., vgl. RG. 31, 164: Zessionsverbot), sowie daß gesetzliche Veräußerungsverbote, die nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken, sowie behördliche Verbote im Konkurs — abgesehen von der Vollstreckungsbeschlagnahme unbeweglichen Vermögens — ihre Wirksamkeit verlieren (hierüber Jaeger zu § 13 KO.).

Anm. 77. b) Auf Verfügungen, die während des Schwebens einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung über die Sache getroffen werden (§ 161 Abs. 3 BGB.). Der Eintritt der Bedingung wirkt also gegen Dritte, zu deren Gunsten über die Sache verfügt worden ist, nicht; es sei denn, daß ihnen das Bestehen der Bedingung bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

Anm. 78. c) Auf Verfügungen, die ein Vorerbe über Erbschaftsgegenstände trifft (§§ 2113, 2129).

Anm. 79. d) Auf Verfügungen des Erben über eine der Verwaltung des Testamentsvollstreckers (RG. 59, 366) unterliegende Nachlaßsache (§ 2211; OLG. Breslau in Recht 04, 164).

Anm. 80. **Alle diese Fälle können auch für den Handelsverkehr wichtig werden.** Für sie alle ist zu betonen, daß auch der § 366 und der § 367, vor allem aber der erstere, auf sie Anwendung findet. Denn sie alle sind Vorschriften zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, und auf alle Vorschriften dieser Art erstreckt sich Abs. 1 des § 366, wie sein Wortlaut deutlich besagt. Das hat einmal die Bedeutung, daß auch in allen ebengedachten Fällen, sofern ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes der Veräußerer oder Verpfänder war, der gute Glaube schon dann vorhanden ist, wenn der Erwerber zwar gewußt hat, der Veräußerer sei nicht Eigentümer, aber doch gutgläubig angenommen hat, er sei zur Veräußerung für den Eigentümer oder für den, dem die Verwaltung obliegt, befugt. Hat z. B. ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes Sachen veräußert, die ihm nur als Erbe gehören, die aber der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterstanden, oder an denen er nur auflösend bedingtes Eigentum hatte, oder die er infolge eines Veräußerungsverbotes nicht veräußern durfte, so wird der Erwerber nicht nur dann Eigentümer, wenn er gutgläubig annahm, der Veräußerer sei unbeschränkter Eigentümer, sondern auch dann, wenn der Erwerber gutgläubig annahm, der Veräußerer sei befugt, die Sache für den Eigentümer vorbehaltlos zu veräußern. — Das hat andererseits die Bedeutung, daß die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts (des Kommissionärs, Frachtführers usw.) auch hinsichtlich der oben zu a—d aufgezählten Vorschriften einem vertragsmäßig bestellten und zwar einem von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe bestellten Pfandrechte gleichstehen. Erwirbt daher ein Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht an einem Gegenstande, hinsichtlich dessen ein Veräußerungsverbot erlassen war, oder an dem der Eigentümer nur auflösend bedingtes Eigentum erworben hatte, oder gegen einen Vorerben oder gegen einen Erben während der Dauer der Verwaltung des Testamentsvollstreckers, so ist das Pfandrecht entstanden.

Anm. 81 **Zusatz 3. Aber ebenso scharf muß betont werden, daß weitere Ausdehnungen der Rechtsregeln vom gutgläubigen Rechtserwerb nicht statthaft sind.** Insbesondere beziehen sich die Grundsätze nicht auf **den gutgläubigen Rechtserwerb vom Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses.** Wer vom Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses einen Gegenstand erwirbt, muß sich die Rückforderung durch den Konkursverwalter gefallen lassen (Jaeger § 7

Digitized by Google

Anm. 31 ff.). Wohl aber darf sich der gutgläubige Dritterwerber auf die Vorschriften zugunsten derer, die Rechte vom Nichtberechtigten herleiten, berufen (Jaeger ebenda). Verkauft z. B. der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkurses eine noch in seinen Händen befindliche Uhr an A, so muß A sich der Eigentumsklage des Verwalters fügen, er mag vom Konkurse gewußt haben oder nicht. Verkauft aber dann A. die Uhr an B., der vom Konkurse nichts weiß und auch nichts wissen konnte, so ist B. geschützt; denn er hat an das unbeschränkte Eigentum des A. bona fide geglaubt (§ 932 BGB.). Beim Erwerb von Orderpapieren verhält sich die Sache nicht anders. Hat der Gemeinschuldner einen Wechsel akzeptiert oder einen zur Masse gehörigen Wechsel weiterbegeben, so erlangt nicht der unmittelbare Erwerber, wohl aber sein redlicher Nachmann Eigentum (Staub Art. 74 WO. § 4; ebenso Jaeger § 7 Anm. 37). Bei Inhaberpapieren verhält es sich jedoch anders. Der redliche Erwerber erlangt Eigentum; einerlei, ob das Papier vor oder nach der Konkurseröffnung abhanden kam (vgl. Ekt. zu § 365 u. oben Anm. 50). **§ 366.**

Im Konkurs des Eigentümers des Pfands hat der redliche Pfandgläubiger das Absonderungsrecht. Auf den Ausfall nach § 64 KO. kann er in diesem Konkurs nur Anspruch erheben, wenn der Eigentümer des Pfands zugleich sein persönlicher Schuldner ist (JW. 01, 82[12]). Gerät umgekehrt der Verpfänder in Konkurs, so hat der redliche Pfandnehmer in diesem Konkurs kein Absonderungsrecht, weil das Pfand nicht zur Masse gehört. Er kann seine Forderung jedoch voll im Konkurs gegen seinen Verpfänder als Konkursforderung geltend machen, wenn dieser zugleich sein persönlicher Schuldner ist; daneben kann er sich noch an das Pfand halten (RG. 7, 88; 22, 331). Daß der Gläubiger den Pfandbesteller für den Eigentümer gehalten hat, gewährt keinen persönlichen Anspruch, und macht die Forderung nicht zu einer Konkursforderung. Es führt kein Weg zu einem anderen Ergebnis; insbesondere nicht der, daß der Pfandeigentümer seine Ersatzforderung wegen widerrechtlichen Eingriffs in sein Eigentum als Konkursforderung im Konkurs des Verpfänders geltend macht, das Eigentum an der Pfandsache auf die Masse gegen Befriedigung dieser Ansprüche nach § 255 BGB. überträgt, und der Konkursverwalter ein Absonderungsrecht an dem nun zur Masse gehörigen Gegenstand anerkennt, damit der Pfandgläubiger sich zuerst aus dem Pfand befriedigen müsse und nur für den Ausfall nach § 64 KO. im Konkurs des Verpfänders Befriedigung suchen könne (RG. 59, 367). Darüber, wie es sich mit Zahlungen verhält, die dem Pfandgläubiger gemacht werden, vgl. § 349 Anm. 45. Anm. 82.

Auch bei der **Nachlaßverwaltung** nach § 1984 BGB. versagt § 366 BGB. Denn er erweitert nur den Schutz, soweit er nach dem BGB. gegeben ist. Anm. 83.

Zusatz 4. Es muß ferner der Deutlichkeit wegen hervorgehoben werden, daß sich die Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. und des § 366 HGB. nur auf den redlichen Erwerb von Eigentum und Pfandrecht beziehen. Sie bestimmen lediglich, daß, wer Eigentum oder Pfandrecht gutgläubig erwirbt, in der gedachten Weise geschützt ist. **Auf den gutgläubigen Erwerb anderer dinglichen Rechte beziehen sie sich nicht.** Der gutgläubige Erwerber anderer dinglichen Rechte ist daher in dieser Weise nicht geschützt. Nur auf den Erwerb des Nießbrauchs sind die Vorschriften ausgedehnt (§ 1032 BGB.) und auch nur die Vorschriften des BGB. über den gutgläubigen Rechtserwerb, nicht auch § 366 HGB. Dagegen ist z. B. der gutgläubige Mieter einer fremden Sache nicht in dieser Weise geschützt. Anm. 84.

Wohl aber sind diese Grundsätze entsprechend anzuwenden, wenn der Schuldner ohne Kenntnis von einer Forderungsabtretung in gutem Glauben an den ursprünglichen Gläubiger zahlt oder sich mit diesem abfindet (§§ 407, 412; RG. 60, 200). Der ursprüngliche Gläubiger kann bis zu diesem Zeitpunkt die Lage des Zessionars also verschlechtern, aber nicht verbessern, also auch nicht für den Zessionar die Verjährung unterbrechen (RG. 52, 181; dagegen Eccius in DJZ. 03, 209). Zur Kenntnis des Schuldners vom Übergang der Forderung gehört sichere Kenntnis; bloße Behauptungen des Zessionars ohne Vorzeigen von Belegen genügen nicht (JW. 05, 641[8]). Für die gerichtliche Pfändung und Überweisung einer Forderung gelten diese Sätze nicht; hier entscheidet lediglich die Zustellung des Überweisungsbeschlusses (OLG. Hamburg in OLGR. 11, 185). Anm. 85.

Digitized by Google

§ 366. Anm. 86. **Zusatz 5. Der vorliegende § 366 erfährt eine Abänderung auf dem besonderen Gebiete, welches durch das Depotgesetz geregelt ist.** Nach § 8 Abs. 2 des Depotgesetzes erwirbt derjenige, welchem ein Kaufmann, der sich mit der Verwahrung fremder Wertpapiere gewerbsmäßig beschäftigt, die Mitteilung macht, daß die Papiere fremd seien, ein Pfandrecht an diesen Sachen nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber, die mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. Näheres zu § 397 Anm. 2.

Anm. 87. **Zusatz 6. Übergangsfrage.** Nach Art. 181 EG. z. BGB. finden auf das bestehende Eigentum vom 1. Januar 1900 ab die Vorschriften des BGB. Anwendung. Daraus und aus allgemeinen Grundsätzen folgt, daß der Erwerb des Eigentums sich für die Zeit vor dem 1. Januar 1900 nach altem Recht regelt, für die Zeit nachher nach neuem Recht (hierüber, soweit es die Form angeht, § 350 Anm. 76 f.). Hinsichtlich des Erwerbs vor dem 1. Januar 1900 sind die Art. 306 und 307 des alten HGB. bzw. die früheren Landesgesetze maßgebend, während vom 1. Januar 1900 ab die Vorschriften des neuen Rechts maßgebend sind. Erfüllt ein vor dem 1. Januar 1900 eingetretener Tatbestand nicht die vom alten Recht geforderten Voraussetzungen für den Eigentumserwerb, so wird der Erwerber nicht dadurch Eigentümer, daß das neue Recht sich mit ihnen begnügt hätte. Erfüllt umgekehrt der vor dem 1. Januar 1900 eingetretene Tatbestand die vom alten Recht geforderten Voraussetzungen, so wird das Erworbene nicht dadurch verloren, daß diese Voraussetzungen nach neuem Recht zum Eigentumserwerb nicht ausreichen. Dagegen beurteilt sich die Frage, ob der Besitzer einer andern beweglichen Sache als Geld oder Inhaberpapier der Eigentumsklage weichen muß, nach neuem Recht (§ 1006 BGB.; RG. 55, 53; vgl. RG. 56, 378). Die Frage nach dem Ersatz von Verwendungen beurteilt sich nach dem Recht zur Zeit der Vornahme der Verwendungen (JW. 00, 562, 834[21]; 01, 237).

Anm. 88. Wie aber, wenn der Tatbestand unter der Herrschaft des alten Rechts begann, aber erst unter der Herrschaft des neuen Rechts zur Vollendung kam? Hier kommt das neue Recht in Betracht, die Voraussetzungen des neuen Rechts müssen vorhanden sein. Bei den Teilen des Tatbestandes aber, die in das alte Recht zurückragen, muß für die Frage, ob die betreffende Voraussetzung vorhanden war, das alte Recht zugrunde gelegt werden.

Anm. 89. So überall zutreffend Lehmann in ZHR. 48, 66, der für letzteren Fall folgendes treffende Beispiel wählt: würde A., der nach altem Recht Nichtkaufmann war, vor dem 1. Januar 1900 dem B. den Anspruch auf Herausgabe einer Sache, die C. besitzt, abgetreten haben, und hatte B. von C. den Besitz der Sache nach dem Inkrafttreten des BGB. erlangt, so würde B., falls er beim Besitzerwerb in gutem Glauben über das Eigentum des A. war, nach §§ 931, 934 BGB. Eigentümer geworden sein. Bezog sich dagegen sein guter Glaube nur auf die Befugnis des A., über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, so würde er trotz § 366 HGB. nicht Eigentümer werden. Denn A. war, als er veräußerte, nicht Kaufmann, und hieran würde auch der Umstand nichts ändern, daß A. im Moment des Besitzerwerbes seitens B. durch die veränderte Gesetzgebung Kaufmann geworden ist. Denn seine Kaufmannseigenschaft mußte im Moment der Veräußerung, also vor dem 1. Januar 1900, vorhanden sein. Übergangsfragen hinsichtlich des ehelichen Güterstandes s. Allg. Einl. Anm. 76 f.

§ 367.

§ 367. **Wird ein Inhaberpapier, das dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, an einen Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, veräußert oder verpfändet, so gilt dessen guter Glaube als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Veräußerung oder Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen war.**

Digitized by Google

Der gute Glaube des Erwerbers wird durch die Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Veröffentlichung in Folge besonderer Umstände weder kannte noch kennen mußte. § 367.

Auf Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermine fällig werden, sowie auf Banknoten und andere auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere finden diese Vorschriften keine Anwendung.

Lit. wie bei § 366 und Gierke, Die Wertpapiere, ÖstZBl. 23, 689.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ist nichts weiter als ein gesetzliches Beispiel von Schlechtgläubigkeit.** Der Inhalt ist auch bereits in der Erläuterung zu § 366 an der Stelle erwähnt, an der die Schlechtgläubigkeit des Erwerbes behandelt und Beispiele von Schlechtgläubigkeit aufgezählt wurden (§ 366 Anm. 22, 23).

Anm. 1. 1. **Der vorliegende Paragraph bezieht sich lediglich auf abhanden gekommene Inhaberpapiere.** (Dieser Begriff ist in dem Sinne zu verstehen, der den §§ 932—936 BGB. zugrunde liegt, auch wo der Ausdruck nicht genau paßt. So sind z. B. den Sachen, die dem Eigentümer abhanden gekommen sind, die Sachen gleichzustellen, die dem unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen sind, wofern der Eigentümer mittelbarer Besitzer war; vgl. § 935 Abs. 2 BGB.). Abhanden gekommene Gegenstände sind eigentlich von dem Schutze gutgläubigen Erwerbes ausgenommen (§ 935 BGB.). Aber von dieser Ausnahme sind Geld und Inhaberpapiere wieder ausgenommen und folgen den Regeln vom Schutze des gutgläubigen Erwerbes (§ 935 Abs. 2 BGB.; vgl. § 366 Anm. 22).

Nur muß hier die Gutgläubigkeit sich auch auf die Kennzeichnung als abhanden gekommen beziehen, d. h. der Erwerber muß gutgläubig davon ausgegangen sein, daß es sich nicht um ein abhanden gekommenes Geldstück oder Inhaberpapier handelt (vgl. Anm. 22 zu § 366).

Anm. 2. Für Inhaberpapiere wird nun ein gesetzliches Beispiel von Schlechtgläubigkeit hier gegeben, nicht auch für Geld, und auch von Inhaberpapieren sind die im Abs. 3 aufgezählten ausgenommen (Zins-, Renten-, Gewinnanteilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermine fällig werden, sowie Banknoten und andere auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere). Bei Geld und den im Abs. 3 aufgezählten Inhaberpapieren greifen daher die allgemeinen Regeln über Gut- und Schlechtgläubigkeit Platz, die besondere Pflicht, den Reichsanzeiger zu prüfen, fällt hier weg. Diese Ausnahmen beruhen auf der großen Menge dieser Wertzeichen; diese würde es als ungerecht erscheinen lassen, wollte man an jede Nichtbeachtung der Bekanntmachung ihres Verlustes den Ausschluß des guten Glaubens knüpfen. Einem Bankier, dem später fällig werdende Scheine dieser Art angeboten werden, muß dieser Umstand auffallen und Zweifel über das Verfügungsrecht erwecken. Alsdann hat er Veranlassung, die Bekanntmachungen durchzusehen.

Anm. 3. 2. **Nur auf Bankiers und Geldwechsler, nicht auch auf andere Personen,** bezieht sich dieses gesetzliche Beispiel von Schlechtgläubigkeit. (Über den Begriff der Bankiers und Geldwechsler siehe § 1 Anm. 64 ff.). Diesen Personen, nicht auch anderen, auch nicht allen Kaufleuten, wird hiermit zur Vermeidung der ohne weiteres erfolgenden Annahme der Schlechtgläubigkeit und des sich daraus ergebenden Wegfalls des Schutzes redlichen Rechtserwerbes die im Abs. 1 enthaltene Pflicht auferlegt.

Anm. 4. 3. **Die im Abs. 1 enthaltene Pflicht** besteht darin, beim Erwerb eines Inhaberpapiers den Reichsanzeiger zu prüfen, ob der Verpflichtete oder eine öffentliche Behörde das Papier als abhanden gekommen bekannt gemacht hat. Ist nämlich die Bekanntmachung erfolgt, und hat ein Bankier oder Geldwechsler gleichwohl ein solches Papier innerhalb eines Jahres seit Ablauf des Veröffentlichungsjahres erworben, so ist der gute Glaube des Bankiers oder Geldwechslers hinsichtlich der Kennzeichnung als abhanden gekommen ausgeschlossen (§ 366 Anm. 22). Nur dann fällt diese Vermutung weg, wenn der Erwerber die Veröffentlichung infolge besonderer

Digitized by Google

§ 367. Umstände weder kannte, noch kennen mußte. Auch hier ist zu betonen (§ 366 Anm. 30), daß der schlechte Glaube des Bankiers nichts schadet, wenn sein Vormann Eigentum erworben hatte.

Anm. 5. 4. Der § 367 gibt nur ein Beispiel von Schlechtgläubigkeit. Keineswegs ist damit das Umgekehrte gesetzlich ausgesprochen, daß, wenn die Voraussetzungen jener Vermutung nicht vorliegen, der gute Glaube des Bankiers oder Geldwechslers anzunehmen sei. **Es wird nicht etwa die Prüfungspflicht des Bankiers und Geldwechslers auf die Durchsicht der in jener kritischen Zeit im Reichsanzeiger geschehenen Veröffentlichungen abhanden gekommener Inhaberpapiere festgelegt und begrenzt.** Es wird nicht etwa angeordnet, daß der gute Glaube unterstellt wird, wenn der Verlust im Deutschen Reichsanzeiger nicht oder vor jener kritischen Zeit veröffentlicht war. Allein die Denkschrift (Guttentagsche Ausgabe) erwartet mit Sicherheit, daß unser Paragraph die Rechtsprechung dazu führen werde, anzunehmen, daß, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, ein Bankier seiner Pflicht genügt, wenn er nur die Bekanntmachungen des Reichsanzeigers aus jener kritischen Zeit berücksichtigt. Im allgemeinen ist dem wohl zuzustimmen, so daß der Bankier eine ihm gemachte private Diebstahlsanzeige regelmäßig als erledigt ansehen darf, wenn im Reichsanzeiger eine Veröffentlichung nicht erfolgt. Besondere Umstände werden aber sehr häufig die Lage ändern. So wird Schlechtgläubigkeit vorhanden sein, wenn die Polizei dem Bankhause besondere Mitteilung von der Veruntreuung gemacht hat, auch wenn der Geschäftsherr persönlich hiervon nichts weiß (Bolze 17 Nr. 469; JW. 83, 10[13]); ferner wenn die Polizeibehörde des Ortes derartige Bekanntmachungen in einem bestimmten Blatte gewöhnlich erläßt und diese nicht beachtet werden (RG. in Gruch. 35, 130), oder wenn die bekannten persönlichen Verhältnisse des Verfügenden zur Vorsicht auffordern und diese Vorsicht nicht geübt wird (JW. 92, 16[21]). Weiter kommt in Betracht, daß ein amtliches Zentralorgan für Deutschland (außer dem Deutschen Reichsanzeiger) für derartige Bekanntmachungen besteht, nämlich das Deutsche Fahndungsblatt, in welchem jedes Quartal die beim Berliner Polizeipräsidium als abhanden gekommen angemeldeten Papiere ausgeschrieben werden (VO. des preuß. Minist. des Innern vom 13. März 1899; Weißler, PreußArch. 99, 49). Trotzdem wird ein Bankier nicht ohne weiteres als schlechtgläubig gelten können, wenn er den Inhalt dieses für die Untersuchungsbehörden bestimmten Blattes nicht kennt.

Der Bankier hat überhaupt alle amtlichen Bekanntmachungen über gestohlene Papiere zu beachten, soweit sie ihm kraft seines Gewerbes zugänglich sind, also auch Börsenanschläge. So kann man einem größeren Bankhaus die Beachtung der an großen Börsen des Auslandes erscheinenden amtlichen Börsenbekanntmachungen dieser Art zumuten (JW. 01, 518[10]; Gruch. 35, 127). Man kann aber nicht verlangen, daß der Bankier alle Steckbriefe kennt. Eine Ausschreibung in einem schwer übersichtlichen Nachtrag einer Fachzeitung kann auch dem sorgsamen Bankier entgehen (OLG. München in SeuffA. 55 Nr. 89). Der Umstand, daß der Bankier das Papier von einem achtbaren Geschäftsfreund erworben hat, enthebt dieser Sorgfaltspflicht nicht (§ 366 Anm. 22f.). Die in einem Paket übergebenen Papiere hat er sich vor der Inpfandnahme anzusehen (RG. 58, 166).

Man kann nicht unbedingt den Satz aufstellen, daß Veröffentlichungen und Anzeigen, die weiter zurückliegen, als es § 367 vorsieht, unbeachtet bleiben dürfen, und daß sich aus diesem Zeitablauf allein schon der gute Glaube ergebe (a. M. 6./7. Aufl.). Kauft man z. B. von einer ganz unbekannten Person, so können schon die Umstände darauf hinweisen, daß sich der Erwerber trotz des Zeitablaufs eine begründete Meinung über die Redlichkeit des Erwerbs seines Vormannes zu bilden hat (RG. 37, 74; JW. 96, 399[14]).

Anm. 6. **Zusatz.** Der Landesgesetzgebung bleibt es überlassen, dem Verlierer das Recht zu geben, die amtliche Ausschreibung zu verlangen. Eine solche Vorschrift enthält Art. 6 des Preuß. Ausführungsgesetzes zum HGB.

Aber ebenso muß man dem redlichen Erwerber das Recht geben, von dem Verlierer oder von der Behörde zu verlangen, daß die Bekanntmachung zurückgenommen werde, damit er nicht in der Verfügung über das Papier gestört werde.

Digitized by Google

§ 368.

Bei dem Verkauf eines Pfandes tritt, wenn die Verpfändung auf der Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist, an die Stelle der im § 1234 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Frist von einem Monat eine solche von einer Woche. § 368.

Diese Vorschrift findet auf das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers entsprechende Anwendung, auf das Pfandrecht des Spediteurs und des Frachtführers auch dann, wenn nur auf ihrer Seite der Speditions- oder Frachtvertrag ein Handelsgeschäft ist.

Lit.: Schultze, Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht, IheringsJ. 49, 159; Bloch, Die Wirkungen des Mobiliarpfandverkaufs, Berlin 1902; Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB. 1901; Püschel, Die Pfandklage des BGB., Göttingen 1903; Schultz, Die Pfandansprüche nach § 1227 BGB., Leipzig 1903.

Der vorliegende Paragraph gibt eine Einzelvorschrift aus dem Pfandrecht und zwar über die Verwertung des Pfandes. Diese Einzelvorschrift läßt sich nur im Zusammenhang mit der Regelung des Pfandrechts überhaupt verstehen. Der vorliegende Paragraph insbesondere ist in den Anm. 46 und 93 erläutert. Einleitung.

I. Gegenstand des Pfandrechts.

1. Gegenstand des Pfandrechts können (abgesehen vom Grundstückspfandrechte, das in diesem Kommentar nicht zu behandeln ist) bewegliche Sachen und Rechte, insbesondere auch Forderungen, Inhaberpapiere und Orderpapiere sein. Hier werden insbesondere die beweglichen Sachen, die Inhaberpapiere und die Orderpapiere behandelt werden. (Über die Frage nach der Möglichkeit einer Verpfändung des Anspruchs auf Gewährung von Bauvorschüssen s. OLG. Köln in RheinNotZ. 02, 108: bejaht; OLG. München u. Breslau, Recht 01, 231; 03, 404: verneint; ebenso Dechamps DJZ. 05, 904.) Papiere, die nicht selbständige Träger einer Verpflichtung sind, sondern nur zum Forderungsnachweis als Legitimationspapiere dienen (Exk. zu § 365 Anm. 10), können mangels eines realisierbaren Vermögenswertes für sich allein nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein, z. B. Lebensversicherungspolicen (JW. 92, 275[23]; RG. 51, 83); Sparkassenbücher (OLG. Kiel in SchlHolstAnz. 03, 65; KG. in KGBl. 03, 113) und auch Hypothekenbriefe. Die Verpfändung eines solchen Briefs hat weder Pfandwirkung hinsichtlich der Forderung noch hinsichtlich des Briefs (so RG. 3, 153; 10, 40; JW. 04, 555[15]; Gruch. 49, 365; zweifelnd RG. 9, 243; für das Gegenteil ROHG. 3, 159; 6, 198; 18, 12 und RG. in BayZeitschr. 05, 430). Dagegen ist ein Zurückbehaltungsrecht an solchen Urkunden sehr wohl möglich (vgl. RG. 16, 172; 20, 136; JW. 86, 239[49]; vgl. § 369 Anm. 15). Anm. 1.

2. Auch künftige Sachen sind verpfändbar. Die Verpfändung ist durch ihre Entstehung bedingt (vgl. RG. 55, 334: Abtretung künftiger Forderungen; Biermann § 1204 Anm. 2). Ebenso ist eine Verpfändung von Sachen zulässig, die erst in Zukunft in die Hände des Gläubigers gelangen (ROHG. 15, 421; 19, 83). In beiden Fällen ist erforderlich, daß die Sachen in der zur Pfandbestellung erforderlichen Weise mit dem Verpfändungswillen in die Hände des Gläubigers kommen, und zwar vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners (JW. 05, 89[40]; vgl. RG. 53, 350; über den Pfanderwerb des redlichen Pfandnehmers s. § 366 Anm. 54ff.). Das Pfandrecht entsteht alsdann mit dem Augenblick, in dem der Verpfänder Besitzer geworden ist und den Besitz auf den Gläubiger übertragen hat (JW. 05, 290[15]). Über Verpfändung einer fremden Sache s. unten Anm. 24; über den Pfanderwerb des redlichen Pfandnehmers s. § 366 Anm. 54ff. u. unten Anm. 25. Anm. 2.

Digitized by Google

§ 368. An der eigenen Sache kann ein Faustpfand nicht bestellt werden (RG. 16, 279; OLG. Bamberg SeuffA. 58, 124; v. Staudinger-Kober § 1204 Bem. 1f.).

Anm. 3. 3. Auch die Verpfändung einer Sachgesamtheit, z. B. eines Warenlagers ist möglich, wenn der Gläubiger in dessen Besitz oder wenigstens Mitbesitz gelangt. Es muß ein Besitzverhältnis hergestellt sein, das entweder als Alleinbesitz zu kennzeichnen ist, jedenfalls aber die ausschließliche Verfügungsgewalt des Verpfänders beseitigt (RG. 53, 221; Planck § 1206 Anm. 1; vgl. unten Anm. 9 u. 10).

Anm. 4. Auch ein Warenlager mit wechselndem Bestande kann verpfändet werden (RG. 19, 28; 37, 31). Als Willensmeinung ist dabei anzusehen, daß das im Geschäftsgang Veräußerte aus der Pfandhaftung ausscheidet, während neu angeschaffte, dem Lager einverleibte Stücke in die Haftung eintreten (RG. 53, 220 u. Geißmar in Holdheim 13, 30). Näheres hierüber unten Anm. 11.

Anm. 5. 4. Auch unpfändbare Gegenstände können verpfändet werden. Die Grenzen der gerichtlichen Pfändung (§§ 811, 812 CPO.) sind hier nicht gezogen. Nur für Forderungen und andere Rechte ist bestimmt, daß sie nicht abgetreten werden können, soweit sie nicht pfändbar sind (§§ 400, 413 BGB.). Insoweit kann an ihnen auch ein Pfandrecht nicht bestellt werden (§ 1274 Abs. 2 BGB.). Von den gesetzlichen Pfandrechten erstreckt sich das des Vermieters und Gastwirts gleichfalls nicht auf unpfändbare Sachen (§§ 559, 704 BGB.; RGSt. 34, 157), aber das des Verpächters wohl auf die nach § 811 Ziff. 4 CPO. unpfändbaren Sachen (§ 585 CPO.).

II. Wie wird das Pfandrecht bestellt?

Anm. 6. **A. An beweglichen Sachen.**

1. Die maßgebenden Vorschriften sind die §§ 1205, 1206 BGB. Sie lauten:

§ 1205. Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Gläubiger übergiebt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Ist der Gläubiger im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts.

Die Uebergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigenthümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt.

§ 1206. An Stelle der Uebergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigenthümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann.

Anm. 7. 2. Eine Forderung, deren Erfüllung gesichert werden soll, und ein Begründungsvertrag sind danach die beiden Voraussetzungen zur Entstehung eines vertragsmäßigen Pfandrechts.

a) Das Vorhandensein einer rechtsgültigen Forderung ist die erste Voraussetzung für den Bestand des Pfandrechts (§ 1204 BGB.; RG. 20, 290). Diese akzessorische Natur des Pfandrechts zeigt sich darin, daß es mit der Forderung erlischt (§ 1252 BGB.), wenn diese Erlöschung eine endgültige ist, wenn also die Zahlung nicht zurückerstattet werden muß (RG. 3, 208). Auch kann das Pfandrecht nicht ohne die Forderung übertragen werden (§ 1250 BGB.). Eine Besonderheit ergibt sich bei Kontokorrentforderungen (s. § 356 Anm. 1). Die Forderung muß eine solche sein, die in Geld übergehen kann (vgl. § 916 CPO.), muß also vermögensrechtlicher Natur sein. Für aus Spiel, Wette, Differenz- und unklagbaren Börsentermingeschäften herrührende Forderungen kann ein Pfandrecht nicht wirksam bestellt werden (§§ 762 ff. BGB.; § 66 Abs. 3 BörsGes.); wohl aber für eine verjährte Forderung (§ 222 Abs. 2 BGB.). Auch die Möglichkeit der Sicherung von natürlichen Verbindlichkeiten durch Pfandbestellung wollen M. III 798 nicht verneinen. Die Verpfändung kann für betagte, bedingte und künftige, also unbestimmte Forderungen erfolgen (§ 1204 Abs. 2 BGB.); doch muß im letzteren Falle die Sache so liegen, daß die Parteien in dem Verpfändungsvertrag die Entstehung einer Forderung bestimmter Art bereits als eine künftig mögliche vorgesehen haben, wie z. B. bei Pfandbestellung für alle dem Gläubiger aus dem beiderseitigen Geschäftsverkehr entstehenden Forderungen (vgl. für den Fall zeitlicher Begrenzung

Digitized by Google

§ 349 Anm. 30); doch beschränkt sich in diesem Falle das Pfandrecht auf die Forderungen, § 368.
die der Gläubiger mit Willen des den Kredit Nachsuchenden erwirbt, also nicht auf durch Abtretung erlangte Forderungen (RG. 18, 234). Das Pfandrecht wird rechtlich wirksam mit der Bestellung (§ 1209 BGB.); vorausgesetzt, daß beide Teile oder wenigstens ein Teil nicht mehr die Wahl hatte, ob er die Obligation eingehen wollte. Wurde das Pfandrecht für ein Darlehn bestellt, dessen Annahme noch vom Belieben des Schuldners abhängt, oder für eine Kreditüberschreitung, deren Genehmigung noch vom Belieben des Gläubigers abhängen soll, so ist die Entstehung des Pfandrechts durch Annahme des Darlehns und durch Genehmigung der Kreditüberschreitung bedingt (RG. 14, 250). Bei Pfandbestellung für fremde Schuld treten bürgschaftliche Grundsätze ein; hierüber § 349 Anm. 39, 40 u. 47.

b) Ein Begründungsvertrag, d. h. die Einigung des Eigentümers und des Gläubigers, daß Anm. 8.
dem Gläubiger oder einer vorgeschobenen Person (RG. in SeuffA. 60, 177) das Pfandrecht an der Sache zustehen soll, bildet die zweite Voraussetzung zur Entstehung des Pfandrechts. An diesem Verpfändungswillen fehlt es, wenn der die Wertpapiere zum Depot Übersendende bei der Übersendung zu erkennen gibt, daß ihm das Verfügungsrecht nicht zustehe, oder wenn der Gläubiger von einem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht. Die Einigung braucht keine gleichzeitige zu sein. Sie kann auch in der Weise erfolgen, daß der Eigentümer ein von ihm unterzeichnetes Blankett, in dem die Verpfändungserklärung enthalten ist, dem Gläubiger, der die Ausfüllung vertragsmäßig vornimmt, aushändigt (RG. 14, 297; 15, 55). Darauf, ob der Verpfänder nach Aushändigung, aber vor Ausfüllung des Blanketts stirbt, geschäftsunfähig wird oder in Konkurs gerät, kommt es nicht an. Durch die Ausfüllung des Blanketts wird die Verpfändung wirksam im Augenblick der Hingabe des Blanketts (RG. 58, 172; 33, 44). Die Verpfändungserklärung braucht keine ausdrückliche sein. Meist wird die Erklärung „ich übersende Ihnen zum Depot" genügen (RG. 33, 113). Die Einwilligung kann auch eine bedingte sein. Das Pfandrecht entsteht alsdann, wenn der Pfandnehmer mit Eintritt der Bedingung bei fortdauerndem Übertragungswillen den Besitz erlangt (JW. 05, 290[15]).

Ferner ist regelmäßig körperliche Übergabe erforderlich. Sie kann der Anm. 9.
Einigung (oben Anm. 8) auch nachfolgen (JW. 05, 290[15]). Der körperlichen Übergabe steht Versiegelung oder Ausfolgung des Schlüssels zu dem Raum gleich, in dem die zu verpfändenden Gegenstände verwahrt sind (RG. 40, 222); mag der Verpfänder auch hinterher sich den Zutritt durch ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmtes Werkzeug, z. B. durch einen Nachschlüssel oder einen nachträglich aufgefundenen oder einen sonstigen zufällig passenden Schlüssel ermöglicht haben (RG. 29. 4. 04 Gruch. 48, 957; OLG. Stuttgart, OLGR. 8, 196). Waren mehrere zu dem Türschloß bestimmungsgemäß gehörige Schlüssel vorhanden, von denen der Verpfänder einen ohne Wissen des Pfandnehmers zurückbehalten hat, so ist die Pfandbestellung doch wirksam erfolgt, denn zum Besitzerwerb gehört nur ein solches tatsächliches Verhältnis, daß der Pfandnehmer beliebig auf die Pfandsache einwirken kann; besondere Schutzmaßregeln dagegen, daß ein anderer auf nicht ordnungsmäßige Weise Zugang erlangt, braucht der Pfandnehmer nicht zu treffen, und kann er nicht treffen (so auch RG. 28. 1. 93 in SeuffA. 50, 15; Düringer-Hachenburg II 501cc; Enneccerus-Lehmann II § 120). Das Verkehrsbedürfnis und die Verkehrssicherheit erträgt gar keine andere Auffassung. Dagegen Cosack (BGB. II § 242; I 1 β), Biermann (§ 1206 1a), Wolff (JheringsJ. 44, 200), die mit RG. 37, 33 gegen die Annahme auftreten, daß der gute Glaube, Alleinbesitzer zu sein, solchen Besitz verschaffe. Dieser Satz ist zwar richtig, man darf jedoch die entscheidende Frage nicht so stellen.

Das Pfandrecht erlischt auch nicht, wenn die Schlüssel dem Verpfänder nur zur Abholung bestimmter Ware aus dem verschlossenen Raum und nicht, um die räumliche Herrschaft über das Lager zu verschaffen, vorübergehend ausgehändigt werden (RG. 28. 1. 93 in SeuffA. 50, 16; RG. 40, 223). Der § 1253 BGB. trifft hier nicht zu. Befindet sich der Gläubiger bereits im Besitz der Sache, so ist eine Übergabe nicht mehr erforderlich.

Digitized by Google

§ 368. Durch constitutum possessorium dagegen kann ein Pfandrecht nicht bestellt werden (RG. 37, 34, vgl. RG. 27, 27; JW. 02, Beil. 259, 176). Wirklicher Übergabe steht es aber gleich, wenn mit dem constitutum possessorium die Verabredung verbunden ist, daß der Pfandgläubiger die Gegenstände körperlich an sich nehmen dürfe und dies dann auch tut (RG. 33, 27).

Wenn die Sache sich in dem Besitze eines Dritten befindet, so ist eine Pfandrechtsbestellung nicht immer möglich, sondern nur dann, wenn der Pfandbesteller sich im mittelbaren Besitze der Sache befindet. In diesem Falle kann die körperliche Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der mittelbare Besitzer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt, d. h. ihm den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt und die Verpfändung dem unmittelbaren Besitzer anzeigt (§§ 870, 1205 Abs. 2 BGB.), z. B. der Vermieter vereinbart die Verpfändung der vermieteten Sachen und zeigt dies dem Mieter an. Selbst eine im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändete Sache kann auf diese Weise verpfändet werden (Dernburg III § 264, 5b). Dem Rechte des unmittelbaren Besitzers geschieht durch solche Verpfändung kein Eintrag (vgl. Anm. 54 zu § 366).

Anm. 10. Sodann aber genügt an Stelle der Übergabe die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter Mitverschluß des Gläubigers befindet (d. h. wenn der Zugang nur durch ein Zusammenwirken des Pfandgläubigers und des Eigentümers erreicht werden kann, wie bei der Stahlkammermiete, nicht aber, wenn jeder einen Schlüssel hat, der die Räume öffnet, RG. 37, 31). Also nicht so, daß der Pfandgläubiger an Stelle des Verpfänders das Grundstück, auf dem sich ein zu verpfändendes Warenlager befindet (oben Anm. 3), mietet und letzterem die Schlüssel zum Grundstück allein zugänglich bleiben (RG. 53, 219); auch nicht so, daß das Warenlager der Ehefrau des Verpfänders übergeben wird, damit diese mit ihrem Manne den Besitz weiter ausübe (OLG. Stettin OLGR. 5, 323). Dagegen liegt eine wirksame Übergabe vor, wenn sich die Sache im Besitz eines Dritten befindet, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann. Der Dritte ist in diesem letzteren Falle Pfandhalter = Treuhänder, der dann auch Angestellter des Verpfänders sein kann (§§ 854, 855 BGB.; OLG. Stettin OLGR. 7, 42). Unter dieser Voraussetzung ist die Verpfändung auch wirksam, wenn die verpfändeten Sachen in den Räumen, Magazinen und Kellern des Verpfänders lagern bleiben (Dernburg III § 264, 5c).

Anm. 11. Ist ein Warenlager mit wechselndem Bestand verpfändet (oben Anm. 4), so können Zweifel entstehen, wie formell dem Willen der Parteien, daß die neuen Stücke die herausgenommenen in der Pfandhaftung ersetzen, zu genügen ist. Hierüber gilt folgendes: Wird in der Zwischenzeit d. h. nach Herausnahme von Waren, aber vor Wiederergänzung des Lagerbestandes ein zweites Pfand bestellt (§ 1209 BGB.), so richtet sich der Rang der verschiedenen Pfandrechte nicht nach dem Augenblick des Eigentumserwerbs des Schuldners, sondern nach dem Zeitpunkt der Übergabe und der Besitzeinräumung an den Pfandgläubiger, also nach dem Augenblick des Mitverschlusses. War ein Pfandhalter aufgestellt, so ist der entscheidende Augenblick der Augenblick der Inbesitznahme durch diesen. Denn auch bei der Verpfändung von Sachgesamtheiten sind die Sachen als einzelne nach § 90 BGB. verpfändet (JW. 02 Beil. 285[238]; 03 Beil. 20[41]; vgl. Düringer-Hachenburg II 487; a. M. Geißmar in Holdheim 13, 90). Die bloße Benachrichtigung des Pfandhalters vom Einbringen genügt nicht zur Inbesitznahme. Die zwischen Pfandschuldner und Pfandgläubiger getroffene Vereinbarung, daß Neuanschaffungen, sobald sie dem Lager eingefügt werden, ohne weiteres vom Pfandrecht ergriffen werden sollen, genügt so wenig, als wenn der Pfandhalter dem Pfandschuldner die Schlüssel überläßt, damit dieser das Lager verändern kann. Dagegen reicht es hin, wenn der Pfandhalter für seine Person einen Bevollmächtigten zum Zweck der Inbesitznahme jedes einzelnen neu einzubringenden Stückes aufstellt (JW. 06, 224[7]).

Bei der Umtauschkommission (§ 384) verhält es sich aber anders. Hier treten die eingetauschten neuen Stücke nicht erst mit der Auslieferung seitens der Umtauschstelle an den Bankier in dessen Pfandrecht, sondern es ergreift das Pfandrecht an den alten Stücken die

Digitized by Google

neuen Stücke unmittelbar mit Rang vom Zeitpunkt der Bestellung des Pfandrechts an den alten Stücken (RG. 33, 112 u. 114). Nur in diesem Zeitpunkt muß der gute Glaube vorhanden sein (unten Anm. 25). § 368.

Wird ein realer (also nicht nur ein ideeller) Teil eines solchen Warenlagers verpfändet, so bedarf es der Ausscheidung der bestimmten einzelnen, der Verpfändung zu unterwerfenden Waren (§ 1205 BGB.; RG. 52, 385). Sollen z. B. 100 Tonnen aus einem größeren Lager verpfändet werden, so müssen sie tatsächlich ausgeschieden oder sonstwie erkennbar gemacht sein. Es genügt also nicht die Bezeichnung nach Menge, Zahl oder Gewicht. Befindet sich das Warenlager im Besitz eines Dritten, so hat die Verpfändung eines realen Teils nur Wirkung, wenn außer der in § 1205 BGB. vorgeschriebenen Benachrichtigung des Dritten auch die individuelle Bestimmung der einzelnen Pfandgegenstände stattgefunden hat (vgl. RG. 52, 390). Anm. 11a.

Hinsichtlich jeder einzelnen Sache, die unter den zu verpfändenden Inbegriff fällt, muß im Streitfall festgestellt werden, ob und wann die gesetzlichen Voraussetzungen für Entstehung und Fortdauer des Pfandrechts vorhanden waren (JW. 06, 224⁷).

Die Einigung kann überall durch rechtskräftiges Urteil, die Übergabe durch Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers ersetzt werden (§ 898 CPO.: vgl. Anm. 15 zu § 366). Anm. 12.

Dazu kommt aber noch der Erwerb des Pfandrechts an beweglichen Sachen durch Übergabe und Indossierung von Dispositionsurkunden (vgl. hierüber unten Anm. 29).

B. An Inhaberpapieren. Anm. 13.

Hier ist maßgebend § 1293 BGB. Er lautet:

> Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Danach wird also bei Inhaberpapieren das Pfandrecht in derselben Weise bestellt, wie bei beweglichen Sachen, nicht wie bei Rechten, obwohl doch durch das Inhaberpapier lediglich ein Recht verkörpert wird. Die Verpfändung erfolgt also durch Einigung und Übergabe des Papiers nach Maßgabe der oben Anm. 6 ff. erörterten Regeln. Wegen des Stimmrechts an Inhaberaktien s. § 318 Anm. 3 u. § 252 Anm. 5.

C. An Orderpapieren (Wechseln, handelsrechtlichen Orderpapieren des § 363, Namensaktien). Anm. 14.

1. Maßgebend ist hier § 1292 BGB. Er lautet:

> Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Übergabe des indossierten Papiers.

2. Danach ist zur Pfandbestellung genügend die Einigung des Gläubigers mit dem Pfandgläubiger und die Übergabe des indossierten Papiers, also: Anm. 15.

a) Die Einigung, d. h. die Einigung, daß dem Pfandgläubiger das Pfandrecht zustehen soll.

b) Die Indossierung des Papiers, wobei die Bezeichnung des Übertragungszwecks „zum Pfande" unschädlich ist. Ein dergestalt erteiltes Indossament macht den Verpfänder eines Wechsels im Verhältnis zum Pfandgläubiger nicht zum Wechselschuldner. Die Verpfändung soll nur die Rechte der Einziehung und Verwertung gemäß §§ 1294, 1295 BGB. nach außen verleihen (Oberst. Gerichtshof zu Wien in Siebenhaar A. f. d. Wechselr. 10, 380; OLG. Dresden OLGR. 8, 197). Daher findet im Konkurs des Verpfänders hinsichtlich des Pfandgläubigers, wenn er nicht persönlich Gläubiger ist, weder § 64 KO. Anwendung, noch auch § 68 KO. Durch ausdrückliches Pfandindossament ist der Pfandgläubiger an Weiterbegebung des Papiers gehindert, wenn nicht eine Pfandverwertung nach §§ 1295, 1214 BGB. stattfindet (v. Staudinger-Kober § 1292 Bem. 2d). Ist das Papier nicht zu Pfandzwecken, sondern zum Zweck der Sicherheitsübereignung indossiert — und das ist Tatfrage —, so ist der Indossatar nicht Pfandnehmer, sondern Eigentümer (vgl. OLG. Stuttgart OLGR. 7, 172). Alsdann gelten die Grundsätze unten Anm. 98 u. 101. Es genügt natürlich auch Blankoindossament (vgl. RG. 33, 44; 58, 172). Es genügt ferner die bloße Übergabe des Papiers, wenn das Papier

Digitized by Google

§ 368. bereits mit einem Blankoindossament versehen ist, also die sog. Blankoübergabe. Das Gesetz drückt dies deutlich aus durch die Worte: „Übergabe des indossierten Papiers".

Anm. 16. c) Die Übergabe des Papiers, d. h. die körperliche Übergabe im Sinne des § 929 BGB. Constitutum possessorium reicht nicht aus, aber auch nicht Abtretung des Herausgabeanspruchs, wenn das Papier sich im Besitze eines Dritten befindet, noch die Einräumung des Mitbesitzes. Denn der Pfandgläubiger soll ja in den Stand gesetzt werden, das Papier dem Schuldner auszuhändigen (Biermann § 1292 Anm. 1; § 364 Abs. 3 HGB.; Art. 39 WO.). Anzeige an den Schuldner ist nicht nötig.

Anm. 17. 3. Indessen ist diese Art der Pfandbestellung nicht etwa erforderlich, sondern genügend. Die Pfandbestellung kann daher bei Orderpapieren auch nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten erfolgen. Die Entstehungsgeschichte des § 1292 BGB. ergibt dies. Während der erste Entwurf die Verpfändung durch Indossament und Übergabe für erforderlich erklärte, erklärte der zweite Entwurf sie für genügend, und es erfolgte diese Änderung gerade deshalb, um die Vorschrift vollständig mit dem vormaligen Art. 309 HGB. in Einklang zu bringen. Freilich klingt sie, so gerechtfertigt sie früher war, wo es galt, den Landesrechten eine Grenze zu ziehen, im BGB. selbst etwas zaghaft. Der Gesetzgeber wollte offenbar nicht Stellung zu der Frage nehmen, ob die allgemeinen Vorschriften für die Verpfändung höhere oder geringere Erfordernisse aufstellen. Allein gleichviel ob die allgemeinen Vorschriften höhere oder geringere Erfordernisse aufstellen, so sind sie angesichts der Vorschrift des § 1292 BGB. neben der dort vorgesehenen Verpfändung jedenfalls zulässig: Sind jene Erfordernisse geringer, so sagt der § 1292 BGB., daß ihm Indossament und Übergabe genügen, nicht, daß er sie mindestens fordert, wie dies auch gegenüber den früheren Landesrechten angenommen wurde; sind sie höher, so sagt § 1292 wiederum, daß ihm Indossament und Übergabe genügen (vgl. Biermann § 1292 Anm 3; Cosack BGB. II § 271 II 1; anders Dernburg III § 281, 1, der ungeachtet des Wortlauts des § 1292 BGB. Indossament und Übergabe für notwendig, nicht nur für genügend erachtet).

Anm. 18. Es können daher Orderpapiere auch nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten verpfändet werden, wie ja Orderpapiere auch nach den allgemeinen Vorschriften über Übertragung von Rechten übertragen werden können (vgl. Anm. 33 zu § 363). Diese allgemeinen Vorschriften sind im § 1274 BGB. und den dort angezogenen §§ 1205 und 1206 BGB. enthalten. Es ist hiernach ein formloser Vertrag dahin erforderlich, daß das Pfandrecht auf den Gläubiger übergehen soll, und ferner eine Übergabe des Orderpapiers. Benachrichtigung des Ausstellers ist gleichfalls nicht nötig; § 1280 BGB. trifft hier nicht zu (Cosack BGB. II § 271 II 1 b).

Anm. 19. D. **Eine besondere Betrachtung ist der Verpfändung der durch Dispositionspapiere verbrieften Waren zu widmen.** Hier ist die Übergabe an den „legitimierten Empfänger" hinsichtlich der Übertragung der dinglichen Rechte der Übergabe des Gutes gleichzuachten (vgl. Anm. 35 ff. zu § 363). Unter dem legitimierten Empfänger ist der im Papier verzeichnete Adressat und jeder Indossatar zu verstehen (vgl. z. B. §§ 450. 447).

Anm. 20. Dies vorausgeschickt ergibt sich für die Entstehung des Pfandrechts hier folgendes:

1. Die Verpfändung der Ware durch den Aussteller der Urkunde an den Adressaten kann erfolgen durch Einigung und Übergabe des Papiers.

Anm. 21. 2. Die Verpfändung der Ware durch den Adressaten und jeden Indossatar des Papiers kann erfolgen durch Einigung und Übergabe des mit Indossament versehenen Papiers (vgl. oben Anm. 15).

Anm. 22. 3. Außerdem kann natürlich die Verpfändung der Ware auch erfolgen nach den allgemeinen Vorschriften, d. h. dadurch, daß man die Ware nach den allgemeinen Vorschriften verpfändet, also durch Einigung und Übergabe der Ware, wobei auch die Übergabe dadurch ersetzt werden kann, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt, d. h. ihm den Herausgabeanspruch abtritt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt (§ 1205 BGB.).

Digitized by Google

Dagegen liegt darin, daß man das Orderpapier selbst nach den allgemeinen Vorschriften verpfändet (durch Schließung eines Pfandvertrages und Übergabe des nicht mit Indossament versehenen Papiers; oben Anm. 18), keine Verpfändung der verbrieften Ware. Denn nur in der Indossierung liegende Übertragung der Urkunde hat zugleich hinsichtlich der Ware dingliche Wirkungen, wie in Anm. 15 u. 21 oben und zu § 363 Anm. 33ff. dargelegt ist. § 368. Anm. 23.

III. Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes.

Vorbemerkung. Im allgemeinen kann das Pfandrecht nur erworben werden, wenn der Eigentümer die Sache verpfändet (§ 1205 Abs. 1 BGB.). Nach der allgemeinen Vorschrift des § 185 BGB. ist aber auch die Verpfändung einer fremden Sache wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten geschieht, und sie wird andernfalls nachträglich wirksam, wenn sie der Eigentümer genehmigt. Anm. 24.

Wer aber in gutem Glauben ein Pfandrecht vom Nichteigentümer erwirbt, wird auch ohne Genehmigung oder Zustimmung des Eigentümers Pfandgläubiger. Darin besteht der Schutz des guten Glaubens beim Pfanderwerbe.

A. **Der Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes bei beweglichen Sachen und Inhaberpapieren.** Anm. 25.

Die Lehre ist von uns bereits im § 366 ausführlich vorgetragen. Es greifen die §§ 1207 und 1208, 1293 BGB., ergänzt durch § 366 und 367 HGB. Platz.

Nur kurz sei hier wiederholt: Wer das Pfandrecht vom Nichteigentümer gutgläubig erwirbt, wird Pfandgläubiger. Der gute Glaube besteht regelmäßig darin, daß der Gläubiger glaubt, der Verpfänder sei Eigentümer. Wenn der Verpfänder aber ein Kaufmann war und die Verpfändung im Betriebe seines Handelsgewerbes getätigt hatte, so genügt auch ein dahingehender guter Glaube, daß der Verpfänder berechtigt sei, über die Sache für den Eigentümer in dieser Weise zu verfügen. Auf abhanden gekommene Sachen bezieht sich alles das regelmäßig nicht; außer wenn Geld oder Inhaberpapiere gestohlen oder verloren sind. Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so besteht der gute Glaube darin, daß man die Sache für unbelastet hält, und die Folge ist, daß das Pfandrecht jenem Rechte vorgeht. Näheres über alles dies Anm. 54ff. zu § 366. Der Pfandgläubiger hat nur die Entstehung seines Pfandrechts zu beweisen. Die Darlegung des bösen Glaubens ist Sache des Gegenbeweises (vgl. RG. 33, 109; § 366 Anm. 50).

B. **Der Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes bei Orderpapieren.** Hier ist zu unterscheiden, ob das Orderpapier nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten verpfändet wird oder nach § 1292 BGB. durch Indossament und Übergabe (vgl. oben Anm. 15 u. 18). In ersterem Falle ist ein Schutz gutgläubigen Erwerbes, eine Anwendung der §§ 1207 und 1208 BGB. ausgeschlossen (§ 1274 BGB.; ebenso Biermann § 1274 Anm. 2a); ausgenommen, wenn die Befriedigung aus dem Pfandrecht an einem Recht durch Verkauf des Rechts erfolgt (§ 1295 BGB.); alsdann ist § 1244 BGB. trotz § 1277 Satz 1 BGB. anwendbar (JW. 05, 691[15]). Im Falle des § 1292 BGB aber wird der gutgläubige Erwerber ebenso geschützt, wie wenn er das Papier zum Zwecke der Eigentumsübertragung indossiert erhalten hätte. Das ist wenigstens als Wille des Gesetzes, als Sinn des § 1292 BGB. anzunehmen. Anm. 26.

Über den Inhalt dieses Schutzes s. Anm. 9 zu § 365. Dort ist insbesondere betont, daß dieser Schutz weiter reicht, als der auf den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts über den gutgläubigen Rechtserwerb an beweglichen Sachen beruhende Schutz: Der gutgläubige Erwerb heilt hier alle Mängel des Begebungsvertrages, nicht nur dann tritt ein fehlerfreier voller Rechtsübergang ein, wenn der Erwerber an das Eigentum glaubt, sondern auch dann, wenn er an das Verfügungsrecht des Veräußerers glaubt, und zwar dies schlechtweg, gleichviel, ob der Veräußerer ein Kaufmann war oder nicht. Endlich wird auch der in fehlender Geschäftsfähigkeit liegende Mangel des Begebungsvertrages durch den guten Glauben des Erwerbers geheilt. Anm. 27.

Digitized by Google

§ 368. C. **Eine besondere Betrachtung muß auch hier wieder dem Pfanderwerbe an Gütern durch**
Anm. 28. **Pfanderwerb von Dispositionspapieren gewidmet werden** (Konnossement, indossabler Lagerschein, Ladeschein).

1. Handelt es sich um die Verpfändung der Ware seitens des Ausstellers der Urkunde an den Adressaten durch Übergabe des Papiers, so gilt diese Übergabe in bezug auf den Erwerb von dinglichen Rechten gleich der Übergabe der Ware. Es wird also der gutgläubige Erwerber so geschützt, wie wenn ihm die Ware körperlich übergeben worden wäre, d. h. es greifen die über den Schutz gutgläubigen Pfanderwerbes von beweglichen Sachen in den §§ 1207 und 1208 BGB. und § 366 HGB. aufgestellten Regeln Platz (oben Anm. 25).

Anm. 29. 2. Handelt es sich um Verpfändung der Ware durch den Adressaten oder Indossatar des Papiers mittels Indossament und Übergabe des Papiers (oben Anm. 15 u. 21), so wird der gutgläubige Erwerber des Papiers ebenso geschützt, wie wenn er die Ware selbst erworben hätte. Er genießt daher den höheren Schutz, den der gutgläubige Erwerb von Orderpapieren durch Indossament gewährt (oben Anm. 27).

Anm. 30. 3. Handelt es sich endlich um eine Verpfändung der Ware nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung beweglicher Sachen (oben Anm. 22), so greift auch der allgemeine Grundsatz über den Schutz des redlichen Pfanderwerbes Platz, d. h. die §§ 1207 und 1208 BGB. in Verbindung mit § 366 HGB. Bei der Verpfändung der Ware durch Abtretung des mittelbaren Besitzes kommt der im § 1208 BGB. in bezug genommene § 936 BGB. in Betracht, wonach das Recht des unmittelbaren Besitzers an der Sache bei solcher Verpfändung nicht untergeht. (Näheres § 366 Anm. 54).

Dagegen kann eine Verpfändung der Ware dadurch nicht erfolgen, daß man das Dispositionspapier nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten verpfändet (oben Anm. 23).

Anm. 31. D. **Der gutgläubige Erwerb heilt nicht nur den Mangel des Eigentums, sondern überwindet auch sonstige Mängel der Veräußerung,** so überwindet er z. B. auch behördliche Veräußerungsverbote. (Hierüber § 366 Anm. 76.) Es soll hier nur noch ausdrücklich hinzugefügt werden, daß sich dies auch auf den gutgläubigen Pfanderwerb bezieht.

IV. Wirkungen des Pfanderwerbs.

Anm. 32. A. Das Pfand haftet für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestande, insbesondere auch für Zinsen, Vertragsstrafen und alle Veränderungen durch Verzug und Verschulden des Schuldners (§ 767 BGB.). Wenn aber der persönliche Schuldner nicht der Eigentümer des Pfandes ist, so wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung nicht erweitert (§ 1210 BGB.; vgl. die entsprechende Vorschrift bei der Bürgschaft § 349 Anm. 11 ff.).

Das Pfand haftet auch für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung sowie für die Kosten des Pfandverkaufs. In letzterer Beziehung ist hervorzuheben, daß der Pfandverkäufer, wenn er in Ausübung seines Handelsgewerbes den Pfandverkauf bewirkt hat, eine angemessene Provision dafür berechnen und vom Erlöse abziehen kann (Bolze 12 Nr. 474).

Anm. 33. B. Die Einreden des Verpfänders (§ 1211 BGB.). Er kann die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung (vgl. Schultz in Recht 04, 526) zustehenden Einreden sowie die nach § 770 BGB. einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen (§ 770 bestimmt, daß der Bürge die Befriedigung verweigern kann, solange der Hauptschuldner das Rechtsgeschäft anfechten oder der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen den Hauptschuldner befriedigen kann). Ausgeschlossen ist die Einrede der Vorausklage (denn diese steht dem Bürgen nicht nach § 770, sondern nach § 771 BGB. zu), die Einrede des Inventars (§ 1211 Abs. 1 Satz 2) und die Einrede der Verjährung (§ 223 Abs. 1 BGB.), endlich auch die

Digitized by Google

Einrede, daß die Hauptforderung durch Zwangsvergleich erloschen sei (§ 193 KO.). Selbst- § 368.
verständlich aber kann er alle ihm unmittelbar gegen den Pfandgläubiger zustehenden Einreden geltend machen, insbesondere alle gegen den Bestand des Pfandrechts gerichteten. Eine ihm zustehende Gegenforderung kann der Verpfänder gegen den Gläubiger auch dann im Wege der Aufrechnung geltend machen, wenn er nicht selbst der Schuldner ist. Das beruht auf ausdrücklicher Vorschrift (§ 1224 BGB.). Folgerichtig sollte man eigentlich das Gegenteil annehmen; denn der Gläubiger macht ja, indem er das Pfandrecht geltend macht, nicht eine ihm zustehende persönliche Forderung geltend.

C. **Wenn der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes** Anm. 34.
zu besorgen ist, so haben sowohl der Verpfänder als auch der Gläubiger Rechte:

1. Der Verpfänder und der Eigentümer (OLG. Dresden SächsOLG. 25, 233) kann die Rückgabe des Pfandes gegen anderweite Sicherheitsleistung verlangen (§ 1218 BGB.). Welche Sicherheit genügt, ergeben die §§ 232 ff. BGB. Nur Sicherung durch Bürgen kann dem Gläubiger nicht aufgedrängt werden.

Der Pfandgläubiger hat die in seinem Gewahrsam befindliche Pfandsache gehörig zu verwahren (§ 1215 BGB.). Eine Versicherungspflicht besteht nicht. Unbefugter Gebrauch der Pfandsache stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung dar, ohne daß der Verpfänder auf die aus dem Verwahrungsvertrag sich ergebenden vertraglichen Pflichten zurückzugreifen braucht (vgl. RG. 44, 267). Der Pfandgläubiger braucht, wenn es an den eingangs erwähnten Voraussetzungen fehlt, den verpfändeten Gegenstand auch nicht durch einen anderen gleichartigen ersetzen zu lassen (RG. 41, 33).

Der Verpfänder hat den Anspruch, daß ihm der Pfandgläubiger von dem drohenden Verderb (nicht auch von der wesentlichen Minderung des Wertes) Anzeige macht, sofern die Anzeige tunlich ist. Bei Verletzung dieser Anzeigepflicht hat der Pfandgläubiger den Verpfänder zu entschädigen (vgl. § 347 Anm. 11). Ob die Sicherheit des Gläubigers durch den drohenden Verderb oder durch die Minderung des Wertes beeinträchtigt wird, ist gleichgültig. Die Vorschrift bezweckt lediglich, die Interessen des Verpfänders zu wahren (Dernburg III § 268 IV Fußnote 3).

Der Verpfänder oder der Schuldner hat nicht das Recht, nach der Fälligkeit der Schuld die Versteigerung des Pfands zu verlangen. Die Pfandverwertung ist vielmehr ein Recht des Gläubigers.

2. Der Gläubiger hat in den in § 1219 BGB. gedachten Fällen, also wenn das Pfand zu ver- Anm. 35
derben oder zu entwerten droht, und die Sicherheit des Pfandgläubigers dadurch gefährdet wird, das Recht, das Pfand öffentlich versteigern zu lassen. Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes, muß aber auf Verlangen des Verpfänders hinterlegt werden (§ 1219 BGB.).

Dieses Recht ist besonders wichtig für Bankiers, wenn die dem Bankier haftenden Papiere des Kunden im Kurse erheblich sinken. Dabei ist aber wohl zu beachten, daß die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet sein muß. Das Recht steht ihm nicht zu, wenn trotz des drohenden Verderbs und trotz der Wertminderung der Wert des Pfandes noch so groß bleibt, daß die Sicherheit nicht gefährdet ist. Wenn z. B. für eine Schuld von 100000 Mark Papiere im Kurse von einer Million verpfändet werden und diese um 50% im Kurse sinken, so bleibt dem Bankier immer noch eine genügende Sicherheit übrig. Ebenso ist dieses Recht dem Pfandgläubiger nicht gegeben, wenn sein Risiko in der Folgezeit weggefallen ist (§ 396 Anm. 14).

Der Verpfänder hat dem Pfandgläubiger den durch die Beschaffenheit des Pfandes verursachten Schaden zu ersetzen, wenn diese Beschaffenheit nicht bei der Verpfändung dem Pfandgläubiger angezeigt oder sonst bekannt war oder bekannt sein mußte (vgl. § 694 BGB.).

D. **Das ganze Pfand haftet für die ganze Schuld bis auf ihren letzten und** Anm. 36.
kleinsten Rest. Mehrere Pfänder haften ungeteilt für die ganze Schuld (§ 1222 BGB.). Der Verpfänder darf nicht, wenn er für eine Schuld von 10000 Mark Papiere im Werte

Digitized by Google

§ 368. von 20000 Mark verpfändet hat, gegen Zahlung von 5000 Mark Papiere im Betrage von 10000 Mark oder auch nur von 5000 Mark herausverlangen. Vielmehr haften die verpfändeten 20000 Mark Papiere für den letzten und kleinsten Rest der Schuld von 10000 Mark. Der Pfandgläubiger ist auch nicht gegen Sicherheitsleistung zur Herausgabe verpflichtet; insbesondere braucht er nicht gegen Hinterlegung des streitigen Betrages das Pfandrecht aufzugeben. Dies folgt aus § 1258 BGB. (oben Anm. 34; OLG. Hamburg in OLGR. 02, 470).

Anm. 37. Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die vom Pfand getrennt werden. Das Pfandrecht kann auch in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen, und wenn eine von Natur fruchttragende Sache Gegenstand der Verpfändung ist, so wird dies vermutet (§ 1213 BGB.). Bei Forderungen ist aber ausdrücklich bestimmt, daß die Zinsen mitverpfändet sind (§ 1289 BGB.). Bei Wertpapieren ist umgekehrt bestimmt, daß sich das Pfandrecht am Wertpapiere auf die zum Papier gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine nur dann bezieht, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind (§ 1296 BGB.). Diese klare Bestimmung löst manche Zweifel. Der Parteiwille kann aber auch ein anderer sein (in dieser Hinsicht sind immer noch interessant RG. 3, 152; 4, 138; 23, 270 u. Mot. II 702, 712). Wie steht es aber mit den Dividendenbezugsrechten bei solchen Aktien, über die keine besonderen Dividendenscheine ausgegeben sind? Da es sich nicht um eine von Natur fruchttragende Sache handelt, so könnte man nach § 1213 BGB. annehmen, daß die Dividendenberechtigung nicht mitverpfändet ist. Allein der § 1213 BGB. zwingt nicht zum arg. e contrario. Bei Aktien, über die keine Dividendenscheine ausgegeben sind, greift vielmehr die zutreffende Erwägung des RG. 42, 157 Platz, nach der das Dividendenrecht, wenn keine besonderen Dividendenscheine ausgegeben sind, in der Aktienurkunde ebenso verbrieft ist, wie das Aktienrecht überhaupt. Es kann hinzugefügt werden, daß das Dividendenrecht ja nichts anderes ist, als ein Teil der Rechte, aus denen das Aktienrecht besteht. Es greift daher hinsichtlich der Dividende das Einziehungsrecht gemäß § 1294 BGB. Platz. Der selbständigen Verpfändung von Zinsscheinen steht nichts entgegen (a. M. Düringer-Hachenburg II 503).

Zubehör fällt nicht unter die Pfandhaftung, wenn es nicht mit der Pfandsache übergeben worden ist. Es bedarf der besonderen Pfandrechtsbestellung nach Maßgabe des in Anm. 8ff. Erörterten; aber der Verpfänder hat die Verpflichtung zur Pfandbestellung (§ 314 BGB.; Dernburg III § 267, 7).

Anm. 38. E. **Nach Erlöschen des Pfandrechts** ist der Pfandgläubiger verpflichtet, das Pfand dem Verpfänder zurückzugeben. Der Verpfänder kann die Rückgabe des Pfandes Zug um Zug gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sofern der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1223 BGB.). Für den regelmäßigen Fall, daß der Schuldner das Pfand bestellt hat, ist dieser Satz hiernach dahin zu fassen, daß der Schuldner, wenn er zur Leistung berechtigt ist, verlangen kann, daß ihm Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers das Pfand zurückgegeben wird.

Anm. 39. Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder zurückgibt. Er kann sich hierbei das Pfandrecht nicht vorbehalten. Unfreiwillige Wegnahme des Pfandes aber macht es nicht erlöschen (§§ 1227, 985 BGB.).

Anm. 40. F. **Wird der Pfandgläubiger nicht befriedigt, so steht ihm das Recht zu, sich aus dem Pfande zu befriedigen.** Das ist der eigentliche Kern des Pfandrechts, sein eigentlicher materieller Inhalt. Mit Wirkung gegen Dritte kann dieses Recht durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden (Martinius AZivPr. 96, 114). In gewisser Beziehung besteht auch eine Pflicht, sich aus dem Pfande zu befriedigen; wenigstens die Pflicht, zunächst aus dem Pfande die Befriedigung zu suchen, ehe der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen nachsucht. Dem Schuldner steht sonst die Verweisung auf das Pfand zu. Dieses Recht hat er aber nur bei beweglichen Sachen und nur dann, wenn sie dem Schuldner gehören. Es wird durch eine Erinnerung an das Vollstreckungsgericht gegen die Art der Zwangsvollstreckung geltend gemacht und ist nur insoweit statthaft, als das Pfand die Forderung

Digitized by Google

zu decken geeignet ist, und, sofern die Pfandsache auch für eine andere Forderung haftet, auch die andere Forderung gedeckt erscheint (§ 777 ZPO. unten Anm. 86). § 368.

Für diese Befriedigung aus dem Pfande gelten bei den einzelnen Gegenständen des Pfandrechts verschiedene Regeln. Anm. 41.

1. **Bei beweglichen Sachen** erfolgt die Befriedigung aus dem Pfande durch Verkauf (§ 1228 BGB.).

a) Der Verkauf erfolgt ohne Mitwirkung des Gerichts auf Veranlassung des Gläubigers durch eine Amtsperson (näheres unten Anm. 48). Es ist also vom BGB. die Art der Pfandverwertung zur ordentlichen Verwertungsart in allen Fällen der Verpfändung und für den ganzen Rechtsverkehr erhoben, die das alte HGB. nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen als ganz besondere Vergünstigung gewährt hatte. Denn im Art. 311 war diese Art der Verwertung nur gestattet, wenn das Pfand unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften und zwar schriftlich bestellt war. Ein vorheriges Verklagen des Eigentümers auf Gestattung der Versteigerung oder ein Antrag an das Gericht auf Bewilligung ist nicht erforderlich. Würde der Gläubiger gleichwohl auf Gestattung klagen, so würde der Eigentümer zwar nicht die Abweisung der Klage verlangen, wohl aber, wenn er anerkennt, die Kosten ablehnen können. Bestreitet aber der Eigentümer den Klageanspruch, so treffen ihn auch die Kosten. Hat der Gläubiger einen solchen Titel oder ein sonstiges Urteil für seine Forderung erlangt, so kann er statt des freiwilligen Verkaufs auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften den Verkauf bewirken lassen. Er kann aber auch in diesem Falle die freiwillige Art des Verkaufs wählen (§ 1233 Abs. 2 BGB.). Befindet sich der Pfandgläubiger nicht im Alleinbesitz, so kann er nach Eintritt der Verkaufsberechtigung die Herausgabe des Pfands zum Zweck des Verkaufs nach § 1231 BGB. begehren.

Endlich aber ist der Gläubiger auch berechtigt, in der Weise zu verfahren, daß er den Schuldner wegen der Forderung verklagt und dann auf Grund der Forderung die Sache versteigern läßt. Dieses Recht versagt aber dann, wenn der Schuldner nicht der Verpfänder ist. Anm. 42.

Auf die Befriedigung durch Verkauf kann vom Eigentümer im voraus nicht verzichtet werden (oben Anm. 40). Erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (unten Anm. 44) kann gültig vereinbart werden, daß dem Pfandgläubiger, falls er nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum zufallen soll (§ 1229 BGB.; lex commissoria). Demnach kann erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung gültig vereinbart werden, daß der Gläubiger die verpfändete Ware zum Kurswert zu übernehmen berechtigt sei (siehe 5. Aufl. Art. 311). Anm. 43.

Auch eine andere Art des Verkaufs kann erst nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung gültig vereinbart werden (hiervon jedoch weiter unten Anm. 49).

b) Der Pfandverkauf ist erst zulässig, wenn die Forderung mindestens zum Teil fällig und auf Geld gerichtet ist, sei es, daß sie von vornherein auf Geld ging oder sich später in eine Geldschuld verwandelt hat (§ 1228 Abs. 2 BGB.). Ohne diese Voraussetzung ist der Pfandverkauf nicht rechtmäßig (§ 1243 BGB., a. M. Düringer-Hachenburg II 528; gegen diese Biermann § 1245 Bem. 4). Verzug des Schuldners ist nicht nötig. Doch enthält die Androhung eine Art Inverzugsetzung (unten Anm. 45). Von diesen Voraussetzungen des Pfandverkaufs kann auch durch Vereinbarung nicht abgewichen werden, und ebensowenig durch eine Anordnung des Gerichts. Das folgt aus § 1243 BGB. und daraus, daß die §§ 1245 und 1246 BGB. den § 1228 Abs. 2 nicht anziehen; diese lassen nur Abweichungen von der Art des Pfandverkaufs zu. — Nach Eintritt dieser Voraussetzungen ist aber der Verkauf nur zulässig, nicht etwa geboten. Auch kann der Schuldner oder Verpfänder nicht verlangen, daß der Gläubiger das Pfand verwertet; er kann nur, wenn das Pfand verdirbt, andere Sicherheitsleistung anbieten (Anm. 34, 35 oben). Anm. 44.

Durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners wird die Forderung nicht fällig; sie gilt nur für das Konkursverfahren als fällig nach § 65 KO. Aber für Ab-

Digitized by Google

§ 368. sonderungsansprüche oder gar für die Haftung Dritter ist sie nicht fällig (RG. 3, 356; Jaeger § 65 Anm. 4).

Anm. 45. c) Vor dem Verkauf hat der Pfandgläubiger dem Eigentümer ihn anzudrohen und ihm dabei den Geldbetrag zu bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll (§ 1234 BGB.). Die Androhung kann erst nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung (Anm. 44) erfolgen. Sie darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist (vgl. § 384 Abs. 3 BGB.). Untunlich ist sie, wenn sie ohne übermäßige Kosten nicht zu ermöglichen ist, oder wenn die Ermittelung der Adresse des Eigentümers übermäßig viel Zeit erfordern würde. Kosten und Mühe an sich darf der Pfandgläubiger allerdings nicht scheuen, aber sie dürfen nicht übermäßig sein. Eine Form der Benachrichtigung ist nicht vorgeschrieben. Ein gewöhnlicher Brief durch die Post oder auch durch eine als zuverlässig bekannte Privatbeförderungsgesellschaft werden genügen, auch ein Telegramm, wenn der Fall dringend ist. Die Wahl des Einschreibebriefes ist nicht nötig. Die Gefahr des Nichteintreffens der Benachrichtigung trägt der Eigentümer. Nur ausnahmsweise ist öffentliche Zustellung zu verlangen (§ 132 Abs. 2 BGB.).

Anm. 46. Der Verkauf darf nicht vor Ablauf eines Monats nach Androhung erfolgen. An die Stelle dieser Frist tritt eine solche von einer Woche, wenn die Verpfändung auf der Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist. Das ist der Inhalt unseres § 368 Abs. 1 HGB. Innerhalb dieser Frist kann der Schuldner ein Verkaufsverbot gemäß §§ 935, 940 ZPO. erwirken. Ob die Hauptschuld aus einem Handelsgeschäft entspringt, ob also der Hauptschuldner Kaufmann ist oder war, ist gleichgültig. Entscheidend ist, daß die Verpfändung auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist. Ob dies der Fall ist, darüber entscheiden die §§ 343 und 344, insbesondere auch die Vermutungen des letzteren Paragraphen. Ein von einem Kaufmann ausgestellter Pfandschein gehört z. B. vermöge der im § 344 Abs. 2 aufgestellten Fiktion zu seinem Handelsgewerbe (§ 344 Anm. 9).

Anm. 47. Von der Einhaltung dieser Vorschriften über die Androhung und die Wartefrist ist aber die Rechtmäßigkeit des Verkaufs nicht abhängig gemacht. Ihre Nichtbeachtung macht den Pfandgläubiger nur schadensersatzpflichtig (§ 1243 BGB.; OLG. Dresden, OLGR. 6, 126). Auch können die Parteien auf jene Anzeige und jene Wartefrist verzichten, demgemäß auch eine geringere Wartefrist oder eine andere Art der Androhung vereinbaren (§ 1245 BGB.). Dagegen kann das Gericht hier nicht eingreifen; es kann nicht, auch wenn im gegebenen Falle die Anzeige oder die Wartefrist den Interessen der Beteiligten nicht entspricht, den Pfandgläubiger davon entbinden; § 1246 BGB. greift hier nicht Platz. Der Pfandgläubiger mag dann die Gefahr einer Abweichung von § 1234 BGB. tragen, der Pfandverkauf bleibt ja rechtmäßig.

Anm. 48 d) Der Verkauf ist in öffentlicher Versteigerung zu bewirken (§ 1235 Abs. 1 BGB.); also durch eine öffentlich zu solchen Geschäften angestellte Person (§ 383 Abs. 3 BGB.). Hat jedoch das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so darf es durch eine öffentlich zu solchem Verkaufe ermächtigte Person zum laufenden Preise aus freier Hand veräußert werden (§ 1235 Abs. 2 BGB.). Ein in anderer Weise bewirkter Verkauf ist nicht rechtmäßig (§ 1243 Abs. 1 BGB.).

Anm. 49. Auch können die Parteien nicht im voraus eine andere Art des Verkaufs vereinbaren, sondern erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung (§ 1245 BGB.), also nach wenigstens teilweiser Fälligkeit der auf Geld gerichteten Schuld (oben Anm. 43 f.). Auch in diesem Fall muß der Pfandgläubiger die Interessen des Verpfänders wahrnehmen (JW. 84, 303[32]). Entspricht jedoch eine Abweichung von der ordentlichen Verkaufsart dem Interesse der Beteiligten (d. h. ihren beiderseitigen Interessen), so kann jeder Teil bei Gericht sie beantragen (§ 1246 BGB.). Zuständig ist das Amtsgericht des Orts, an dem der Pfandgegenstand aufbewahrt wird (§ 166 FGG.; hierüber unten Anm. 51). Die Kosten trägt der Antragsteller, wenn den Gegner kein Verschulden trifft. Ein solches liegt nicht ohne weiteres darin, daß er

Digitized by Google

der Abweichung nicht sogleich zustimmt (BayObLG. in BayObLGZ. 5, 511). Über die Beschwerde siehe § 14 Anm. 9ff. Dreht sich der Streit nicht um die Art und Weise der Pfandverwertung, sondern um das Recht zum Pfandverkauf, so kann nur im ordentlichen Rechtsweg entschieden werden (KG. in OLGR. 6, 370). Über den Bestand des Pfandrechts trifft eine Anordnung nach § 1246 BGB. keine Entscheidung (vgl. RG. 32, 100). § 368.

Über die Folgen eines unrechtmäßigen Verkaufs gegenüber dem Erwerber siehe unten Anm. 59ff.).

Zwischen den Beteiligten ergibt sich die Folge nur durch den Inhalt des Verpfändungsvertrages. Schadensersatzpflicht ist natürlich auch hier die regelmäßige Folge. Bei vertretbaren Sachen, z. B. marktgängigen Aktien wird die Schadensersatzpflicht hier meist in der Pflicht zur Beschaffung gleichwertiger Aktien bestehen (§ 249 BGB.). Anm. 50.

e) Die Versteigerung hat an dem Orte zu erfolgen, an dem das Pfand aufbewahrt wird (§ 1236 BGB.). Durch vertragswidriges Fortschaffen von diesem Orte kann sich der Versteigerungsort nicht verändern. Dabei ist Ort im Sinne von Ortschaft zu verstehen (vgl. § 816 Abs. 2 CPO.). Ist von einer Versteigerung an dem Aufbewahrungsorte ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so hat die Versteigerung an einem geeigneten anderen Orte zu geschehen (§ 1236 Satz 2 BGB.). Die Entscheidung hierüber steht dem Gläubiger zu. Verletzt er hierbei Treu und Glauben, so wird er schadensersatzpflichtig. Die Rechtmäßigkeit des Verkaufs leidet darunter nicht (§ 1243 BGB.). Auch können die Parteien hierüber im voraus, auch vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung, Abweichendes vereinbaren. Endlich kann auch auf Antrag eines Teils das Gericht einen anderen Ort bestimmen (oben Anm. 49). Anm. 51.

f) Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger die auswählen, die verkauft werden sollen. Aber er darf nur so viele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind (§ 1230 BGB.). Verstößt der Pfandverkauf in letzterer Hinsicht gegen das Gesetz, so ist er unrechtmäßig (§ 1243 BGB.). Gegenteiliges kann vereinbart werden; insbesondere kann auch die Auswahl der zur Versteigerung zu bringenden Pfänder dem Verpfänder anheimgegeben werden (zweifelnd 6./7. Aufl.). Über die Folgen unrechtmäßigen Verkaufs s. unten Anm. 67. Bei der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher dagegen entsteht nur eine Schadensersatzpflicht für diesen, wenn er sich vergreift (§ 818 CPO.; RG. 51, 186). Anm. 52.

g) Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt zu machen. Eine besondere Benachrichtigung muß erfolgen an den Pfandeigentümer und an Dritte, denen Rechte am Pfande zustehen. Diese Benachrichtigung, nicht auch jene öffentliche Bekanntmachung, kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist (§ 1237 BGB. u. oben Anm. 45). Hinsichtlich der Bekanntmachung kann zwar Abweichendes zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger vereinbart werden, aber nicht vor Eintritt der Verkaufsberechtigung (oben Anm. 44); hinsichtlich der besonderen Benachrichtigung kann jederzeit Abweichendes vereinbart werden. In beiden Hinsichten ist aber, wenn dem Dritten ein Recht an dem Pfande zusteht, das durch die Veräußerung erlischt (§ 1242 Abs. 2 BGB.), die Zustimmung des Dritten erforderlich (§ 1245 BGB.). Fehlt diese, so ist die Vereinbarung nicht nichtig, sondern nur diesem Dritten gegenüber unverbindlich, der Verkauf also diesem Dritten gegenüber unrechtmäßig. Außerdem aber kann das Gericht auf Antrag eines Beteiligten Abweichungen anordnen (§ 1246 BGB.; oben Anm. 49). Anm. 5

Verletzt der Pfandgläubiger seine Verpflichtung hinsichtlich der Bekanntmachung, so ist der Pfandverkauf nicht rechtmäßig (§ 1243 BGB.). Hierüber unten Anm. 66. Anm. 54.

h) Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig gehen soll, wenn das nicht geschieht. Sonst ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen. Die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben aber un- Anm. 55.

Digitized by Google

§ 368. berührt. Gleiches gilt, wenn zwar sofortige bare Berichtigung des Kaufpreises verlangt ist, aber nicht bis zum Schlusse des Versteigerungstermins erfolgt, falls der Pfandgläubiger nicht die Verwirkung der Rechte des Käufers bis dahin erklärte (§ 1238 BGB.). Hierin liegt schon ausgesprochen, daß die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs von der Beobachtung dieser Vorschriften nicht abhängt. Außerdem aber können die Parteien eine abweichende Art des Verkaufs vereinbaren (§ 1245 BGB.) und auch das Gericht kann eine abweichende Art auf Antrag eines der Beteiligten anordnen (§ 1246 BGB.; oben Anm. 49). § 817 CPO. ist in keinem Punkt entsprechend anwendbar.

Anm. 56. i) Der Pfandgläubiger und der Eigentümer können bei der Versteigerung mitbieten, nur den Versteigerungsbeamten ist das Mitbieten untersagt (§§ 456, 458 BGB.). Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen (§ 1239 BGB.). Doch können die Parteien Abweichendes vereinbaren (§ 1245 BGB., und auch das Gericht kann Abweichendes anordnen (§ 1246 BGB.; oben Anm. 49).

Anm. 57. k) Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden. Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann freihändiger Verkauf durch einen Handelsmakler oder durch eine zu Versteigerungen befugte Person veranlaßt werden (§ 1240 BGB.). Eine Verletzung dieser Vorschrift zieht die Unrechtmäßigkeit des Verkaufs nach sich. Doch können die Parteien, allerdings erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (oben Anm. 43, 44), Abweichendes vereinbaren (§ 1245 BGB.), und auch das Gericht kann auf Antrag eines Beteiligten Abweichendes anordnen (§ 1246 BGB.).

Über die Folge des unrechtmäßigen Verkaufs s. unten Anm. 66 ff.

Anm. 58. l) Der Pfandgläubiger hat den Eigentümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebnisse des Verkaufs unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist (§ 1241 BGB.). Über den Begriff der Tunlichkeit oben Anm. 45. Diese Anzeige ist nach dem Verkauf zu bewirken, vor dem Verkauf ist eine andere Anzeige zu bewirken (oben Anm. 45). Eine Verletzung dieser Pflicht hat nur Schadensersatz zur Folge (§ 1243 Abs. 2 BGB.).

Anm. 59. m) **Die Folgen der rechtmäßigen und der nichtrechtmäßigen Veräußerung für den Erwerber.**

aa) Die Folgen der rechtmäßigen Veräußerung. Rechtmäßig ist die Veräußerung, wenn dem Pfandgläubiger ein Pfandrecht an der Sache zusteht, und der Verkauf in Gemäßheit der §§ 1228 Abs. 2, 1230 Satz 2, 1235, 1237 Satz 1, 1240 BGB. erfolgt. Das geht aus §§ 1243, 1244 BGB. hervor.

Anm. 60. α) Die erste Voraussetzung ist also, daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zugestanden hat. Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, ist bereits oben Anm. 6 ff. u. Anm. 24 ff. auseinandergesetzt, insbesondere auch, daß auch beim Erwerbe des Pfandrechts der gute Glaube gewisse Mängel des Erwerbes heilt.

Anm. 61. β) Die zweite Voraussetzung ist, daß die gedachten Verkaufsvorschriften beobachtet sind. § 1228 Abs. 2 betrifft den Eintritt der Verkaufsberechtigung (oben Anm. 44), § 1230 Satz 2 enthält die Vorschrift, daß nicht mehr Pfänder, als nötig, veräußert werden dürfen (oben Anm. 52), § 1235 ordnet den Verkauf durch ein öffentliches Organ an (oben Anm. 48), § 1237 Abs. 1 ordnet die öffentliche Bekanntmachung von Zeit und Ort der Versteigerung an (oben Anm. 53), § 1240 enthält Ausnahmevorschriften für Gold- und Silbersachen (oben Anm. 57).

Anm. 62. Wird von diesen Vorschriften abgewichen, so ist der Verkauf nicht rechtmäßig, also auch dann nicht, wenn auf Grund einer im übrigen zulässigen Parteivereinbarung (§ 1245 BGB.) oder einer Anordnung des Gerichts (§ 1244 BGB.) von den gedachten Vorschriften abgewichen ist. (Dies gegen Leske, Vergl. Darstellung 594.) Hier, wo es sich um das Verhältnis des Erwerbers zum Eigentümer oder zu dem, dem ein Recht an der veräußerten Sache zusteht, handelt, können die zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger getroffenen Vereinbarungen die Rechte des Eigentümers oder dessen, dem ein Recht an der Sache zusteht, nicht schmälern. Anders natürlich, wenn die Abweichung mit

Digitized by Google

dem Pfandeigentümer selbst oder mit dem Verpfänder, den der Pfandgläubiger für den Eigentümer halten durfte (§ 1248 BGB.), oder mit dem Dritten, dem ein Recht an der Sache zusteht, vereinbart ist. Auf eine solche Abweichung kann der zustimmende Eigentümer oder der zustimmende Inhaber des Rechts an der Sache die Behauptung nicht stützen, der dem Gesetze zuwider erfolgte Verkauf sei nicht rechtmäßig, der Erwerber daher nicht Eigentümer oder lastenfreier Eigentümer geworden. Die gemäß § 1246 BGB. erfolgte Gerichtsentscheidung wirkt in dieser Hinsicht ebenso wie die Zustimmung. Der, gegen den die Entscheidung gerichtet ist, der bei dem Verfahren als Partei zugezogene, aber unterlegene Teil, muß die Entscheidung so gegen sich gelten lassen, wie eine von ihm abgegebene Zustimmungserklärung (vgl. unten Anm. 69 u. 70). § 368.

Verkauft der Pfandgläubiger entgegen dem Inhalt der wirksam getroffenen Vereinbarung, so ist der Verkauf ebenfalls nicht rechtmäßig. Solche Vereinbarungen gelten auch Dritten gegenüber. Jedoch ist gutgläubiger Erwerb durch § 1244 BGB. gedeckt (Biermann § 1245 Anm. 1; Planck § 1245 Anm. 3).

γ) Die dritte Voraussetzung ist natürlich die Übergabe oder Übergabeersatz in Gemäßheit der §§ 929—931 BGB. Der Zuschlag allein überträgt nicht Eigentum. Anm. 63.

δ) Die Folge einer Veräußerung, die den Voraussetzungen zu α—γ entspricht, ist, daß der Erwerber die gleichen Rechte erlangt, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte. Das heißt zunächst: der Erwerber wird Eigentümer. Denn wenn der Eigentümer veräußert, so wird der Erwerber Eigentümer. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Erwerber hinsichtlich des Eigentums gutgläubig ist oder nicht. Also auch dann, wenn er gewußt hat, der Verpfänder sei nicht Eigentümer, wird der Erwerber unter den zu α—γ gedachten Voraussetzungen Eigentümer des Pfandes. Der Eigentümer kann ja der Verpfändung zugestimmt haben. Indessen wird diese Frage gar nicht untersucht und auch nicht, ob der Erwerber dies gutgläubig angenommen hat (RG. 59, 368; OLG. Dresden OLGR. 6, 126). Anm. 64.

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so greift § 936 BGB. Platz. Denn dieser findet ja auch dann Anwendung, wenn der Veräußerer Eigentümer ist. Der Erwerber erwirbt also das Eigentum frei von der Last, sofern er in dieser Hinsicht gutgläubig ist, und zwar in dem Zeitpunkt, der im § 936 BGB. bezeichnet und in Anm. 32 zu § 366 erörtert ist. Pfandrechte an der Sache erlöschen sogar auch dann, wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das letztere schreibt § 1242 BGB., weitergehend als § 936 BGB., ausdrücklich vor. Die Rechte Dritter sind solcher Veräußerung gegenüber dadurch geschützt, daß der Erlös an die Stelle des Pfandes tritt (§ 1247 BGB.). Anm. 65.

bb) **Die Folgen der nicht rechtmäßigen d. h. nicht den oben zu α—γ aufgezählten Erfordernissen entsprechenden Veräußerung für den Erwerber.** Hier kommt es darauf an, ob die Veräußerung durch ein öffentliches Organ erfolgt ist, sei es gemäß § 1233 Abs. 2 (d. h. auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels auf Duldung der Pfandveräußerung in Gemäßheit der zivilprozessualischen Vorschriften über die Veräußerung gepfändeter Sachen), sei es gemäß § 1235 oder § 1240 Abs. 2 (in öffentlicher Versteigerung oder aus freier Hand zum laufenden Preise, aber durch eine zu Versteigerungen befugte Person). Anm. 66.

α) Die unrechtmäßige, aber immerhin amtliche Pfandveräußerung überträgt zwar nicht ohne weiteres Eigentum und Freiheit von Lasten, wohl aber dann, wenn die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs, wie sie §§ 932—934 und § 936 BGB. aufstellen, vorhanden sind (§ 1244 BGB.). Das will sagen: der Erwerber wird Eigentümer, wenn er gutgläubig angenommen hat, dem veräußernden Pfandgläubiger stehe ein Pfandrecht zu, und es lägen die sonstigen Voraussetzungen der rechtmäßigen Pfandveräußerung vor. Also: die Voraussetzungen eines offiziellen Verkaufs, wie sie in den §§ 1233 Abs. 2, 1235, 1240 Abs. 2 BGB. aufgestellt sind, müssen objektiv vorliegen; alsdann genügt es, wenn die anderen Voraussetzungen zwar nicht objektiv vorliegen, aber doch vom Erwerber als vorliegend ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen wurden. Für die Frage der Gut- Anm. 67.

Digitized by Google

§ 368. gläubigkeit kommen dabei alle die Rechtsgrundsätze wieder zur Geltung, die wir bei § 366 besprochen haben (vgl. Anm. 16 ff. zu § 366). Es genügt insbesondere, daß der Erwerber geglaubt hat, der Pfandgläubiger habe ein Pfandrecht erworben; es genügt z. B., wenn der Erwerber gutgläubig angenommen hat, der Veräußerer habe gutgläubig angenommen, der Verpfänder sei Eigentümer. — Zu beachten ist dabei, daß auch § 366 HGB. hier Platz greifen muß. Die Gutgläubigkeit liegt also nicht nur dann vor, wenn der Erwerber gutgläubig annahm, der Verpfänder sei Eigentümer, sondern, sofern der Verpfänder ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes war, wenn der Erwerber gutgläubig annahm, der Verpfänder sei berechtigt gewesen, für den Eigentümer in dieser Weise zu verfügen. Ja es genügt sogar, wenn der Erwerber gutgläubig annahm, der Veräußerer habe redlicherweise den Verpfänder für einen Kaufmann und für befugt gehalten, für den Eigentümer über die Pfandsachen zu verfügen, oder wenn der Erwerber annahm, der Veräußerer habe ein kaufmännisches gesetzliches Pfandrecht an den Sachen gehabt (§ 366 Abs. 2). Der gute Glaube wird nicht dadurch zerstört, daß der Pfandgläubiger gewußt hat, der Kaufpreis sei nicht bezahlt (RG. 32, 21).

Anm. 68. Ob es sich um gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sachen handelt, ist hierbei gleichgültig. Der § 935 BGB. ist nicht angezogen. Diese Ausnahme greift daher hier nicht Platz. Der nach § 1244 BGB. gutgläubige Erwerber wird also auch dann Eigentümer, und zwar lastenfreier Eigentümer, wenn er eine gestohlene Sache erwirbt, und zwar — insofern geht die Bestimmung weiter als der § 935 Abs. 2 BGB., der das gleiche für alle öffentlichen Versteigerungen festsetzt — auch dann, wenn die Pfandveräußerung nicht in öffentlicher Versteigerung, sondern freihändig durch eine Versteigerungsperson gemäß § 1235 Abs. 2 oder § 1240 Abs. 2 BGB. erfolgt. Demgemäß ist hier auch für die Anwendung des § 367 HGB. kein Raum.

Anm. 69. β) Bei der vom Gericht nach § 1246 BGB. angeordneten anderweiten Art der Pfandverwertung (oben Anm. 49) erwirbt der redliche Erwerber gleichfalls Eigentum, wenn das unzuständige Gericht die Anordnung getroffen hatte. Es wird dieser Mangel durch den guten Glauben des Erwerbers gedeckt (vgl. RG. 61, 333). Dasselbe muß gelten, wenn der Erwerber des guten Glaubens war, die vom Gericht vorgeschriebenen Anordnungen seien eingehalten (so wohl auch Biermann § 1246, Planck § 1246 Anm. 4, § 1245 Anm. 3; teilweise a. M. Dernburg III § 272, 2).

Anm. 70. γ) Die unrechtmäßige und außerdem nichtamtliche Veräußerung der Sache als Pfand überträgt kein Eigentum und keine Freiheit von dinglichen Lasten, auch nicht bei gutgläubigem Erwerb. Sie ist für den Erwerber wirkungslos und setzt ihn der Verfolgung durch die wahren Berechtigten aus, auch wenn er in gutem Glauben erwirbt. Doch erfährt dieser Grundsatz eine Einschränkung zugunsten des gutgläubigen Erwerbers, der annehmen durfte, es entspreche die Verwertung der zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer getroffenen Vereinbarung (oben Anm. 62).

Anm. 71. η) Mit dem erfolgten Verkauf gilt die Forderung insoweit als berichtigt, als der Pfanderlös dem Gläubiger gebührt. Mit dem erfolgten Verkauf, nicht erst mit der Abführung des Erlöses an den Gläubiger. Insoweit als der Pfanderlös dem Pfandgläubiger gebührt. Insoweit er ihm nicht gebührt, sei es, daß seine Forderung nicht so weit reicht, oder daß Pfandrechte ihm vorgehen, tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes. Der Gläubiger hat also diesen Erlös dem Berechtigten herauszugeben, er kann aber auch daran ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn dessen Voraussetzungen vorhanden sind (§ 1247 BGB.).

Anm. 72. 2. **Das Recht der Befriedigung aus dem Pfande bei Inhaberpapieren.** Nach § 1293 BGB. finden für das Pfandrecht an Inhaberpapieren die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen Anwendung. Daraus folgt für die Pfandverwertung, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, in der oben Anm. 41 ff. geschilderten Weise das Pfand ohne Mitwirkung des Gerichts zu verkaufen. Außerdem aber gibt § 1294 BGB. dem Pfandgläubiger beim Inhaberpapier das Recht zur Einziehung der durch das Inhaberpapier verbrieften Forderung.

Digitized by Google

und zwar schon ehe die durch Pfand gesicherte Forderung fällig ist. Das bezieht sich naturgemäß nur auf solche Inhaberpapiere, durch die Forderungen verbrieft werden, also z. B. auf Schuldverschreibungen, aber auch auf Aktien, soweit mit ihnen Geldansprüche verbunden sind (vgl. oben Anm. 37). § 368.

Dagegen steht dem Pfandgläubiger nicht das Recht zu, das Papier durch einfache Blankoübergabe freihändig zu begeben.

3. **Das Recht der Befriedigung aus dem Pfande bei Orderpapieren.** Hier ist der Pfandgläubiger berechtigt, die ganze zugrunde liegende Forderung zu kündigen und mit den Wirkungen der §§ 1287, 1288 BGB. einzuziehen, noch ehe die durch das Pfand gesicherte Forderung fällig ist (§ 1294 BGB.). Nur an den Pfandgläubiger darf der Schuldner leisten. Das Kündigungsrecht des Gläubigers nach § 1283 Abs. 1 BGB. ist ausgeschlossen (a. M. Planck § 1294 Anm. 2b). Anm. 73.

Dies gilt für jede Art der Verpfändung, sowohl für die durch Indossament und Übergabe, als auch für die nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten erfolgende (oben Anm. 17). Das Gesetz unterscheidet nicht (zust. Planck § 1294 Anm. 1).

Indessen besteht folgender großer Unterschied zwischen beiden Verpfändungen in bezug auf das Verhältnis des Pfandgläubigers zum Schuldner des Papiers. Erfolgt die Verpfändung nach den allgemeinen Vorschriften, so ist der Schuldner berechtigt, alle Einwendungen geltend zu machen, die ihm gegen den Eigentümer des Papiers zustehen, wie bei der Übertragung durch Abtretung. Wenn dagegen die Verpfändung durch Indossament und Übergabe erfolgt, so hat das Indossament im Verhältnis zum Schuldner die gleichen Wirkungen wie jedes andere Indossament. Allerdings hat im Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandgeber das Orderpapier nicht aufgehört, ein fremdes zu sein (was sich besonders im Konkurse des Pfandgläubigers geltend machen wird), und es macht allerdings der Pfandindossatar ein fremdes Recht geltend, indem er das Orderpapier einzieht. Aber diese Geltendmachung erfolgt doch aus eigenem Rechte. Der Pfandindossatar ist nicht wie ein Inkassomandatar zu behandeln, der lediglich ein fremdes Recht in fremdem Auftrage geltend macht, sondern er macht, so sonderbar das klingt, ein fremdes Recht aus eigenem Rechte geltend, wie dies überhaupt bei dem Rechte der Einziehung verpfändeter Forderungen der Fall ist. Hier beim Orderpapier macht sich der Umstand, daß er das fremde Recht aus eigenem Recht geltend macht, darin geltend, daß sich das fremde Recht für die Zwecke des eigenen Rechts nur so darstellt, wie es im Orderpapier niedergelegt ist. Der durch Indossament legitimierte Pfandgläubiger des Orderpapiers ist daher in bezug auf die Zulässigkeit der Einwendungen so zu behandeln, als läge ein Eigentumsindossament vor, den Schuldner geht es nichts an, daß nur ein Pfandindossament vorliegt. Einwendungen aus der Person des Verpfänders kann er normalerweise nicht erheben. Wenn Burchard (ZHR. 48, 622) in Anknüpfung an frühere Rechtsanschauungen das Pfandindossament dem Prokuraindossament völlig gleichstellt, so hat er dabei das Recht des BGB. nicht berücksichtigt. Insbesondere kann also der Schuldner dem Pfandgläubiger gegenüber nicht einwenden, die Pfandschuld sei schon beim Indossament getilgt (KG. in OLGR. 7, 169).

Außerdem aber hat der Pfandgläubiger beim Orderpapier, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, gleichviel, in welcher Weise die Verpfändung erfolgt ist, das Recht, nach Eintritt der Fälligkeit seiner eigenen Forderung das Orderpapier durch eine zu öffentlicher Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise freihändig zu verkaufen (§ 1295 BGB.). Öffentliche Versteigerung ist ausgeschlossen. Gerade durch die Fassung des § 1295 BGB., der den § 1235 BGB. nicht anzieht, sollte hier der Unterschied der beweglichen Sachen und Inhaberpapiere von den Orderpapieren hervorgehoben werden (Prot. III 532; VI 262; a. M. 6./7. Aufl.). Folglich finden auch die Vorschriften über Verkaufsandrohung und Wartefrist keine Anwendung. Der § 1295 BGB. zieht danach absichtlich nur den § 1221 BGB. und nicht den § 1234 BGB. an (zust. von Staudinger-Kober § 1295b; Biermann § 1295; dagegen Planck § 1295 Anm. 2 u. Düringer-Hachenburg II 531). Wohl aber läßt sich aus Anm. 74.

Digitized by Google

§ 368. allgemeinen Grundsätzen (Sorgfaltspflicht) herleiten, daß der Pfandgläubiger den Eigentümer nicht mit einer Verwertung überraschen darf. Dagegen hat der Pfandgläubiger, auch der durch Indossament legitimierte, nicht das Recht, das Orderpapier durch Indossierung weiter zu begeben und so zu verwerten (§ 1282 Abs. 2 BGB.).

Anm. 75. Und endlich hat der Pfandgläubiger natürlich auch das Recht, auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften seine Befriedigung aus dem verpfändeten Orderpapier zu suchen (§ 1282 Abs. 2 BGB.). Wenn und soweit das Orderpapier kein Forderungsrecht begründet oder keinen Börsen- oder Marktpreis hat, bleibt sogar nichts übrig als der Weg der Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1277 BGB.). Das gilt z. B. dann, wenn dem Gläubiger eine Namensaktie verpfändet ist, die keinen Markt- oder Börsenpreis hat, und er sich nicht mit Einziehung der Dividenden begnügen, sondern die Aktie selbst verwerten will (D. 214). Ebenso bleibt dem Gläubiger kein anderer Weg, wenn ihm ein auf den Namen des Verpfänders lautendes Orderpapier verpfändet worden ist. Denn nur auf diesem Weg kann das Indossament oder die Abtretung des Verpfänders durch Umschreibung ersetzt werden (§ 822 BGB.). Ist das Orderpapier ein Wechsel, so hat der Pfandgläubiger aus dem Giro die gewöhnlichen Wechselregreßrechte.

Anm. 76. **4. Endlich muß auch hier den sogenannten Dispositionspapieren eine besondere Betrachtung gewidmet werden.**

Zunächst ist hier der Fall zu behandeln, daß das Dispositionspapier auf den Namen des Pfandgläubigers ausgestellt ist, sei es, daß dieser als der eigentliche Adressat des Dispositionspapiers bezeichnet ist, oder daß es auf ihn indossiert ist. In diesem Falle erwirbt der Pfandgläubiger ein Pfandrecht am Gute selbst. Er kann die Ware, wie jedes sonstige bewegliche Pfand, verkaufen, sobald die Voraussetzungen des Pfandverkaufs vorliegen, und zwar an jedem Orte, wohin sie auf der Reise gelangt. Bei der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs gegen den Papierschuldner stehen dem Letzteren nur beschränkte Einwendungen zu (oben Anm. 73). — Aber außerdem wird man dem Pfandgläubiger das Recht geben müssen, das Papier selbst, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, durch eine zu öffentlicher Versteigerung befugte Person verkaufen zu lassen. Denn dieses Recht hat der Pfandgläubiger bei allen Orderpapieren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben (oben Anm. 74). Der Pfandgläubiger des Dispositionspapiers kann hier nicht schlechter gestellt sein.

Anm. 77. Der andere Fall ist der, daß das Dispositionspapier auf den Namen des Schuldners lautet, dem Gläubiger aber nach den allgemeinen Grundsätzen über Verpfändung von Rechten (nicht durch Giro) verpfändet ist. Hier hat der Gläubiger zunächst das Recht, die durch das Papier verbriefte Forderung einzuziehen, d. h. die Herausgabe der Sache von dem Papierschuldner zu verlangen; nach Durchsetzung dieses Anspruchs hat er ein Pfandrecht an der Ware selbst (§ 1287 BGB.). Bei diesem Einziehungsrechte kann aber der Schuldner alle Einwendungen geltend machen, die ihm gegen den verpfändenden Schuldner zustehen (oben Anm. 73). Außerdem aber hat der Pfandgläubiger, wenn das Orderpapier, wie in diesem Falle meist, einen Markt- oder Börsenpreis hat, das Recht, nach Eintritt der Fälligkeit der eigenen Forderung das Papier durch eine zu öffentlicher Versteigerung befugte Person verkaufen zu lassen (oben Anm. 74). Der Erwerber erwirbt dadurch das Eigentum am Papier und damit den Anspruch auf Auslieferung der Ware gegen den Papierschuldner, allerdings nicht das unmittelbare Eigentum der Ware selbst, da ja keine Indossierung des Papiers auf ihn erfolgt.

Anm. 78. **G. Das Verhältnis des Pfandgläubigers zu andern Gläubigern und im Konkurs:**

1. Das einmal entstandene Pfandrecht geht dadurch, daß der Verpfänder nachträglich aufhört, Eigentümer zu sein, nicht unter. Hört der Pfandgläubiger aber gleichzeitig auf Besitzer zu sein, so geht durch gutgläubigen Erwerb des Eigentums mittels Übergabe oder hinzukommender Übergabe der Pfandsache das Pfandrecht verloren (hierüber § 366 Anm. 31 ff.); ausgenommen, wenn der Besitzverlust ein unfreiwilliger war (§ 366 Anm. 45 ff.). Diese Vorschriften finden entsprechend Anwendung, wenn der gutgläubige Pfandnehmer den Verpfänder für den

Digitized by Google

Eigentümer gehalten hat (hierüber § 366 Anm. 32ff., 53ff.). Es gibt aber noch eine dritte Möglichkeit, wenn nämlich vom Eigentümer oder vom Nichteigentümer eine bereits mit einem Pfandrecht belastete Sache nochmals verpfändet wird, und der Pfandnehmer gutgläubig das ältere Pfandrecht nicht kannte (hierüber § 366 Anm. 51) **§ 368.**

a) Die Rangordnung der vertraglichen Pfandrechte im übrigen bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Einigung nebst Übergabe oder Ersatzübergabe (§ 1209 BGB.). Diese Erfordernisse sind oben Anm. 8ff. erläutert. Diesen Rang vom Zeitpunkt der Bestellung an nimmt auch ein Pfandrecht ein, das für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt worden ist (oben Anm. 7). Auf die gesetzlichen Pfandrechte finden die Grundsätze über Entstehung vertraglicher Pfandrechte keine Anwendung (§ 366 Anm. 60). Entstehung und Rang richtet sich nach den den einzelnen gesetzlichen Pfandrechten eigentümlichen Grundsätzen (vgl. die Zusammenstellung der gesetzl. Pfandrechte in Anm. 60 zu § 366). Daß das jüngere Pfandrecht allen älteren vertragsmäßigen Pfandrechten vorgeht, ist für das gesetzliche Absonderungsrecht des § 49 Nr. 1 KO. dort ausdrücklich bestimmt. Nach §§ 14 u. 100 des Vereinszollgesetzes haften zollpflichtige Gegenstände in erster Linie für den Zoll (Dernburg III § 265 II 2). Das Pfändungspfandrecht entsteht mit der Pfändung § 804 CPO. Die Grundsätze über gutgläubigen Pfanderwerb gelten nicht für das Pfändungspfandrecht (§ 366 Anm. 60). Anm. 79.

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters kann mit dem vertragsmäßigen Pfandrecht zusammentreffen. Ersteres entsteht ohne weiteres mit Einbringung der dem Mieter gehörigen Ware in das Mietslager. Fällt dieses Einbringen mit dem Mitverschluß oder der Inbesitznahme des vertragemäßigen Pfandnehmers zusammen (oben Anm. 3, 4, 9—11a), so sind beide Pfandrechte in demselben Augenblick entstanden. Das Pfand haftet für beide Forderungen ganz. Der Erlös wird nach Verhältnis der Forderungen geteilt. In ähnlicher Weise kann das Pfandrecht des Verpächters oder Vermieters mit dem Pfändungspfandrecht zusammentreffen, wenn der Verpfänder, solange das Pfändungspfandrecht besteht, das Eigentum erwirbt, z. B. wenn er unter Eigentumsvorbehalt gekauft hat und die letzte Kaufpreisrate bezahlt. In diesem Augenblick entsteht das Vermieterpfandrecht und zugleich das Pfändungspfandrecht. Der Erlös ist nach Verhältnis der Forderungen zu verteilen (JW. 05, 168[6]).

b) Wird der Pfandgegenstand von einem Dritten gepfändet, so kann sich der Pfandgläubiger der Pfändung, falls er selbst oder ein anderer durch Besitz des Konnossements, Lager- oder Ladescheins für ihn den Gewahrsam ausübt, der Pfändung nach §§ 771, 805 CPO. mit Klage (RG. 9, 424; 14, 365) oder im Weg der Einwendung nach §§ 766, 808, 809 CPO. widersetzen. Andernfalls kann der Pfandgläubiger der Pfändung nicht widersprechen, sondern er muß sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung durch Klage zur Geltung bringen (§ 805 CPO.; JW. 00, 295[10]). Pfändungspfandgläubiger unter sich dagegen sind auf das Verteilungsverfahren des § 872 BGB. angewiesen (JW. 94, 14[29]). Anm. 80.

2. Im Konkurs des Pfandeigentümers hat der Pfandgläubiger, dessen Pfandrecht vor Eröffnung des Konkurses entstanden ist (JW. 04, 89[10]), ein Absonderungsrecht nach § 48 KO. Dieses bedarf zwar keiner förmlichen Anmeldung; allein es muß dem Konkursverwalter gegenüber in irgend einer Form geltend gemacht werden, weil der Pfandgläubiger durch die Verwertung seitens des Verwalters Gefahr läuft, sein Recht ohne Schadenersatzanspruch zu verlieren (RG. 14, 4; 33, 117 vgl RG. 42, 85). Der Konkursverwalter kann die in § 117 KO. vorgeschriebene Verwertung der zur Masse gehörigen beweglichen Sachen und Forderungen, an denen einem Gläubiger ein Pfandrecht zusteht (§§ 48, 49 KO.), in dreifacher Weise vornehmen. Anm. 81.

a) Der Verwalter kann den freihändigen Verkauf wählen. Er muß zu diesem Zweck den im Besitz befindlichen, widerstrebenden Pfandgläubiger auf Herausgabe der Pfandsache verklagen (vgl. § 6 KO.). Die Art der Verwertung ist seinem freien pflichtmäßigen Ermessen überlassen (§§ 81, 82 KO.), das nur in gewissen Fällen nach innen an die Zustimmung des Gläubigerausschusses gebunden ist (§§ 133, 134 KO.). Alsdann ist der Pfandgläubiger nicht auf seine Ansprüche auf den Erlös beschränkt, sondern es bleibt der freihändig verkaufte Anm. 82.

Digitized by Google

§ 368. Gegenstand mit dem Pfandrecht belastet (RG. 58, 21), soweit nicht der Käufer auf Grund seines guten Glaubens den Gegenstand frei von dem Pfandrecht erworben hat. Hatte der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung mit dem Pfandgläubiger eine gesetzlich zulässige Art der Verwertung vereinbart (oben Anm. 49), so ist der KV. daran gebunden (JW. 02, 144⁹; Gruch. 48, 409). Der KV. kann aber auch selbst mit dem Gläubiger eine Verwertungsart vereinbaren, wie es der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses gekonnt hätte. Das ist auch in der Begründung anerkannt (Hahn, Materialien IV 315). Für sich selbst persönlich kann der Verwalter nicht kaufen. Das ergibt sich aus § 457 BGB. Der Heranziehung des § 181 BGB. bedarf es nicht (so Dernburg II 2 § 171 VI b; a. M. Jaeger § 126 Anm. 3 u. Planck § 457 Anm. 2).

Anm. 83. b) Der Konkursverwalter kann aber auch die Verwertung nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung vornehmen (§ 127 KO.). Einer Pfändung bedarf es nicht; es genügt die Besitzergreifung durch den Verwalter (RG. 58, 19; vgl. Voß in BuschZ. 34, 193 u. DJZ. 05, 354). Befindet sich der Pfandgläubiger in Besitz, so ist er zunächst im Klageweg zur Herausgabe zu zwingen. Der Pfandgläubiger kann nicht widersprechen. Von da an bewegt sich das Verfahren in den Formen der Zwangsvollstreckung mit der Abweichung, daß selbstverständlich die dem Schuldner zu gewährenden, vom absonderungsberechtigten Gläubiger einzuhaltenden Fristen wegfallen (Hahn, Materialien IV 315). Anders RG. 58, 18ff. Nach dieser Entscheidung soll die Frist des § 816 CPO. von der Besitzergreifung des Konkursverwalters an berechnet werden und andererseits Befreiung von allen Vorschriften eintreten, die nach der CPO. der Versteigerung vorausgehen; insbesondere soll das Gericht bei der Forderungspfändung eine andere Art der Verwertung (§ 844 CPO.) nicht anordnen können. Begründet wird diese Auffassung damit, daß dem Konkursverwalter durch § 127 KO. das Recht der Versteigerung eingeräumt werde (ähnlich Burghart, JustDRdsch. 04, 135). Von der Entwurfsbegründung (Hahn, Materialien 315 vgl. 586) wird diese Ansicht nicht geteilt. Nach dieser finden, abgesehen vom Wegfall der Fristen, auf die Erwirkung des Zwangsverkaufs und auf die Befriedigung der Pfandgläubiger die Vorschriften der CPO. Anwendung, und hat beim Zusammentreffen mehrerer Pfändungspfandrechte das Verteilungsverfahren der §§ 872ff. CPO. hinsichtlich des Erlöses einzutreten. Diese Ordnung entspricht auch dem Gesetz, das den freihändigen Verkauf der Zwangsvollstreckung und dem Pfandverkauf gegenüberstellt, so daß dem Verwalter in letzteren zwei Fällen nur die Rechte einer Partei zukommen; er kann in diesen Fällen nicht seine Rechte auf freihändigen Verkauf, den er nach Anm. 82 vornehmen darf, geltend machen (vgl. Jaeger § 127 Anm. 9ff.). Der Pfandgläubiger kann in das Vollstreckungsverfahren nur durch Erinnerungen nach § 766 CPO. eingreifen (RG. 42, 89). Die Versteigerung hat die Wirkung, daß der Erwerber den Pfandgegenstand pfandfrei erwirbt. Das bestimmt § 127 Abs. 1 Satz 2 KO. ausdrücklich. Der Pfandgläubiger erlangt nur Anspruch auf den Erlös.

Anm. 84. c) Der Konkursverwalter hat drittens die Wahl der Verwertung des Pfands nach den Regeln des Pfandverkaufs (§§ 1234ff. BGB.; oben Anm. 41ff.), falls nicht vor Konkurseröffnung eine andere Verwertungsart vereinbart worden ist (oben Anm. 82). Es erheben sich hier dieselben Fragen, wie bei der Zwangsvollstreckung (oben Anm. 83); sie sind ebenso zu beantworten. Die Verkaufsandrohung (oben Anm. 45, 46) fällt weg; ebenso die Benachrichtigung des Gemeinschuldners als Pfandeigentümer (oben Anm. 53, 58); nicht aber die Benachrichtigung sonstiger Interessenten (oben Anm. 53; vgl. Jaeger § 127 Anm. 8 u. 13). Der Konkursverwalter kann sich nach § 1246 BGB. zu einer andern Art des Verkaufs ermächtigen lassen (oben Anm. 49), obgleich aus RG. 58, 20 das Gegenteil gefolgert werden könnte (KG. OLGR. 6, 370; LG. Tilsit CBlFrG. 2, 116). Der Konkursverwalter darf weder unmittelbar noch mittelbar für sich ersteigern; das verbieten die §§ 457, 458 BGB. Die Folge der Versteigerung ist auch hier, daß die versteigerte Sache pfandfrei wird. Der Pfandgläubiger kann seine Rechte nur noch auf den Erlös geltend machen. Das bestimmt wiederum § 127 Abs. 1 Satz 2 KO.

Digitized by Google

d) Der Konkursverwalter ist aber zu einer Verwertung der Pfandsache nach diesen drei Richtungen nicht berechtigt, wenn der Absonderungsberechtigte die Verwertung selbst vornehmen will. Der Verwalter kann dem Absonderungsgläubiger alsdann eine Frist gemäß § 127 Abs. 2 KO. setzen lassen, und steht dem Absonderungsberechtigten die Selbstverwertung in den Formen des Pfandverkaufs oder, falls er einen vollstreckbaren Titel hat, in den Formen der Vollstreckung frei; Gegner ist alsdann der KV. (RG. 52, 140). Der Konkursverwalter ist aber zu einer Verwertung überhaupt nicht gezwungen. Er kann die Verwertung dem Pfandgläubiger überlassen. Er wird diesen Weg wählen, wenn er für die Masse keinen Überschuß erwartet und alsdann dem Pfandgläubiger eine Frist nach § 127 Abs. 2 KO. setzen lassen (vgl. auch §§ 64, 153 KO.). **§ 368.** Anm. 85.

H. **Verhältnis des Pfandrechts zu dem Recht des Gläubigers, die gesicherte Forderung durch Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen geltend zu machen.** Der Pfandgläubiger hat, solange er die seinem Schuldner gehörige Pfandsache besitzt, nicht das Recht, in das übrige Vermögen seines Schuldners zu vollstrecken (oben Anm. 40). Das Gericht oder der Gerichtsvollzieher darf eine solche Vollstreckung zwar nicht ablehnen, aber der Schuldner hat das Einspruchsrecht dahin, daß diese Art der Vollstreckung eine ungehörige ist (beneficium excussionis realis, § 777 CPO.). Dieser Einspruch wird in Form einer Einwendung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung geltend gemacht (§ 766 CPO.). Dieses Verweisungsrecht besteht nur, wenn der Gläubiger sich im Besitz oder Mitbesitz des Pfandes befindet (oben Anm. 9ff.) und nur insoweit, als der Gläubiger durch den Wert des Pfandgegenstandes gedeckt ist. Haftet die Pfandsache dem Gläubiger auch für eine andere Forderung außer der, für welche vollstreckt wird, so ist der Widerspruch nur zulässig, wenn auch der Betrag dieser Forderung durch den Wert der Pfandsache gedeckt ist. Diesen Wert hat der Schuldner zu beweisen Endlich besteht dieses Verweisungsrecht nur beim Pfandrecht an den dem Schuldner gehörigen beweglichen Sachen, anscheinend also nicht bei Wertpapieren. Jedoch sind Inhaberpapiere hier ausdrücklich den beweglichen Sachen gleichgestellt (§ 1293 BGB.). Ob Orderpapiere, insbesondere der Wechsel und die Dispositionspapiere, kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine (§ 363) hierher gehören, ist bestritten. Mag man auch von dem schwankenden prozessualen Sprachgebrauch und von dem Begriff solcher Papiere (hierüber § 1 Anm. 39, § 460 Anm. 1) absehen, so besteht doch kein innerer Grund, mit den Orderpapieren hier eine Ausnahme zu machen; jedenfalls steht § 1292 BGB. nicht entgegen. Überdies wird die Auslegung des Vertragswillens regelmäßig zu dem Ergebnis führen, daß der Pfandgläubiger zunächst auf sein Pfand zu greifen hat; mag dies auch ein solches an einem Orderpapier sein. Auf die Rechtswohltat des § 777 CPO. kann vertragsmäßig verzichtet werden; im Konkurs des Schuldners jedoch kann eine solche Vereinbarung angesichts der §§ 64, 153 KO. keine Beachtung finden. Anm. 86.

V. Irreguläres Pfandrecht. Anm. 87.

Lit.: Schweyer, Die Bankdepotgeschäfte, 1899; Lusensky, Das Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896, 2. Aufl. 1905; Riesser, Das Bankdepotgesetz, 2. Aufl. 1906.

Dies liegt dann vor, wenn der Pfandgläubiger ermächtigt ist, Sachen derselben Art, wie die verpfändeten, zurückzugewähren. Ein solches erkennt das Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896 an (hierüber Exk. zu § 424).

Das irreguläre Pfandgeschäft oder uneigentliche Lombardgeschäft ist ein Anschaffungsgeschäft (§ 1 Anm. 35) und demgemäß auch ein Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 366 HGB. und der dort in Bezug genommenen Vorschriften des BGB. zum Schutze gutgläubigen Eigentums- und Pfanderwerbes. Denn der Gläubiger soll Eigentümer werden, und zwar je nach der Parteiabsicht bald von der Hergabe des Gegenstandes an (z. B. bei unverschlossen übergebenem Gelde), bald erst von dem Zeitpunkte ab, in dem der Gläubiger von der Ermächtigung, über die Pfandsache als Eigentümer und nicht nur in Ausübung einer Befugnis zur Weiterverpfändung

Digitized by Google

§ 368. (JW. 04, 471[11]) zu verfügen, Gebrauch macht, z. B. in den Fällen des § 2 des Bankdepotgesetzes. Dazu gehört aber vor allem, daß der Verpfänder selbst Eigentümer geworden ist, sonst kann der Besitz z. B. des als Kommissionär auftretenden Bankiers nicht der des Pfandgläubigers sein (RG. 45, 69). Über diesen Eigentumserwerb vgl. Erläuterungen zu § 383. Vielfach wird an Stelle des Lombardgeschäfts die Sicherungsübereignung gewählt; hierüber unten Anm. 94 ff.

Über das depositum irregulare enthält auch das BGB. besondere Vorschriften, § 700 BGB., über das pignus irregulare nicht. Über den Unterschied des depositum irregulare vom Darlehn vgl. RG. 1, 204: Spareinlagen bei einer Gewerbebank sind Darlehn. Den Einlegern ist es wesentlich um nutzbare Anlegung verfügbarer Gelder, nicht um Aufbewahrung zu tun.

VI. Die gesetzlichen Pfandrechte.

Anm. 88. 1. **Die gesetzlichen Pfandrechte sind zu § 366 Anm. 60 zusammengestellt.** Dort ist bereits ausgeführt, daß der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nur bei den handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechten, also bei dem gesetzlichen Pfandrecht des Kommissionärs (§ 379), des Spediteurs (§§ 410, 411), des Lagerhalters (§ 421), des Frachtführers (§ 441[1]) am Kommissions-, Speditions-, Lager- und Frachtgut aus den betreffenden Geschäften Platz greift, nicht aber bei den andern dort aufgezählten gesetzlichen Pfandrechten.

Anm. 89. 2. **Zur Entstehung der handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechte** ist nichts weiter erforderlich, als daß der Berechtigte in unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Gutes gelangt. Das Nähere hierüber bei den einzelnen diese Pfandrechte regelnden Paragraphen.

Anm. 90. 3. Die in § 366 Abs. 3 hervorgehobenen gesetzlichen Pfandrechte sind hinsichtlich des **Schutzes des guten Glaubens** dort ausdrücklich den vertragsmäßigen Pfandrechten gleichgestellt, die ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes bestellt. Es braucht also hier der, gegen den das Pfandrecht bestellt wird, kein Kaufmann zu sein, damit der weitgehende Schutz des guten Glaubens nach § 366 Abs. 1 eintritt (hierüber § 366 Anm. 62).

Das bezieht sich jedoch zunächst nur auf bewegliche Sachen und Inhaberpapiere, die verpfändet werden, nicht auf Forderungen und Namenpapiere (RG. 10, 40; 17, 57) und nicht auf Urkunden, die nicht selbständige Träger einer Verpflichtung sind (s. oben Anm. 1). Bei verpfändeten Orderpapieren gelten aber dieselben Regeln, und zwar auch bei den Dispositionspapieren. Das bedeutet: auch bei Orderpapieren überhaupt und bei Dispositionspapieren an Order insbesondere folgt der Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes den allgemeinen Regeln vom Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes, die für bewegliche Sachen gelten, nicht den viel weiter gehenden Regeln über den gutgläubigen Erwerb von Orderpapieren durch Indossament (näher begründet in Anm. 67 u. 68 zu § 366; oben Anm. 26). — Hinsichtlich der Einwendungen, die der Schuldner des Papiers dem Inhaber des gesetzlichen Pfandrechts am Papier entgegenhalten kann, steht das gesetzliche Pfandrecht dem Vertragspfandrecht gleich, das nach den allgemeinen Regeln über Verpfändung von Rechten (nicht durch Indossierung des Papiers) erworben wird (vgl. daher oben Anm. 73).

Anm. 91. Bei den Dispositionspapieren auf Order ist aber ferner von dem gesetzlichen Pfandrecht am Papier wohl zu unterscheiden das gesetzliche Pfandrecht an dem Gute selbst, das dem Pfandgläubiger an solchen Gütern erwächst, über die er durch Dispositionspapier verfügen kann. Jenes Pfandrecht besteht an solchen Orderpapieren, hinsichtlich deren der Pfandschuldner Gläubiger ist, d. h. aus denen der Pfandschuldner als Gläubiger legitimiert ist, die aber im Laufe der Geschäftsverbindung in den Besitz des gesetzlichen Pfandgläubigers gelangt sind und nunmehr diesem das Recht geben, ein gesetzliches Pfandrecht an diesen Papieren auszuüben. Ein unmittelbares Pfandrecht am Gute selbst hat der Pfandgläubiger in diesem Falle nicht. Denn das gesetzliche Pfandrecht am Papier hat nicht die Wirkung der Verpfändung des Guts durch Übergabe (oben Anm. 23, 76 f.). Der Pfandgläubiger hat hier die Rechte, die der Pfandgläubiger eines Orderpapiers nach den allgemeinen Regeln über das Pfandrecht an Orderpapieren hat (das Recht der Einziehung der durch das Orderpapier verbrieften Forderung, hier also das Recht der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs an den Schuldner des

Digitized by Google

Orderpapiers und dann nach Durchsetzung dieses Anspruchs ein Pfandrecht am Gute — § 368.
§ 1287 BGB. — und ferner das Recht des Verkaufs durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person, wenn das Papier einen Börsen- oder Marktpreis hat; vgl. oben Anm. 76 und 77). Das Pfandrecht der zweiten Art dagegen ist ein Pfandrecht am Gute selbst. Es entsteht dann, wenn ein Dispositionspapier auf den Kommissionär, den Spediteur, den Frachtführer usw. lautet, sei es, daß er als Adressat im Papier vermerkt ist, oder daß es durch Indossament auf ihn übertragen ist. Eine solche Übertragung hat natürlich immer ihren bestimmten Rechtsgrund; dieser kann aber so beschaffen sein, daß er den Keim der Erledigung in sich trägt, und dann nach erfolgter Erledigung wäre der Kommissionär an sich verpflichtet, das Gut dem Schuldner herauszugeben. Die §§ 397, 410, 421, 440, 623 geben ihm aber ein gesetzliches Pfandrecht an solchen Gütern, über die er mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins verfügen kann. Ein Beispiel soll dies klar machen: Ein Kunde hat seinem Kommissionär einen Ladeschein indossiert mit dem Auftrage, die Papiere durch Indossierung des Ladescheins zu veräußern und den Erlös an ihn abzuführen. Die Veräußerung gelingt nicht oder der Verkaufsauftrag wird zurückgezogen. Der Kommissionär hat nun ein gesetzliches Pfandrecht am Gute selbst, weil er darüber durch den Ladeschein verfügen kann. Er „kann" darüber verfügen, d. h. er ist in der Lage, darüber zu verfügen, und obwohl er nach Erledigung des Verkaufsauftrages darüber eigentlich nicht mehr verfügen dürfte, so gibt ihm doch zum Zwecke der Ausübung seines gesetzlichen Pfandrechts das Gesetz ein Recht, darüber zu verfügen, denn es gibt ihm ein Pfandrecht an dem Gute selbst. — Bezüglich des Schutzes des guten Glaubens steht dieses Pfandrecht auf derselben Stufe, wie ein gesetzliches Pfandrecht an beweglichen Sachen, nicht wie ein vertragsmäßig bestelltes Pfandrecht an Orderpapieren (über diesen Unterschied oben Anm. 90), und bezüglich des Verhältnisses zum Schuldner des Papiers steht der gesetzliche Pfandgläubiger nicht anders als beim gesetzlichen Pfandrecht am Papier. Es liegt kein Grund vor, ihn anders zu stellen (vgl. daher oben Anm. 73 u. 90). Die Wirkung dieses Pfandrechts ist das Recht, die Waren zu verkaufen, wie man bewegliche Pfänder überhaupt verkauft, jedoch nicht etwa das Recht, durch freihändige Indossierung des Papiers die Ware zu veräußern.

1. **Die Wirkung des gesetzlichen Pfandrechts** ist die gleiche, wie beim vertragsmäßig bestellten Anm. 92.
Pfandrechte (§ 1257 BGB.). Insbesondere besteht auch hier die Verkaufsbefugnis bei beweglichen Sachen, die Verkaufs- und Einziehungsbefugnis bei Inhaberpapieren, die Einziehungs- und Verkaufsbefugnis bei Orderpapieren (vgl. oben Anm. 40ff. u. 73ff.; über das Einziehungsrecht und das Verhältnis des Pfandgläubigers zum Schuldner des Orderpapiers hinsichtlich der Einreden desselben auch oben Anm. 73 u. 90). Über das Pfandrecht an solchen Waren, über die der gesetzliche Pfandgläubiger durch Dispositionspapier verfügen kann, siehe noch besonders oben Anm. 91.

Hinsichtlich der Verkaufsbefugnis bei beweglichen Sachen und Inhaberpapieren Anm. 93.
ist auch hier zu bemerken, daß nach unserem § 368 die einmonatliche Wartefrist des § 1234 BGB. auf eine solche von einer Woche herabgesetzt ist, bei dem gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs und des Lagerhalters aber nur dann, wenn auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt, bei dem Spediteur und Frachtführer dagegen auch dann, wenn nur auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft vorliegt. Also: die gedachten gesetzlichen Pfandrechte entstehen sämtlich auch dann, wenn nur auf seiten des Pfandgläubigers eine Schuld der betreffenden Art vorliegt (aus Kommissions-, Speditions-, Frachtgeschäften usw.); auch den Schutz des gutgläubigen Erwerbes genießen jene Pfandrechte sämtlich lediglich unter dieser Voraussetzung, und zwar alle den höheren Schutz des § 366, auch wenn der, gegen den das Pfandrecht entsteht, kein Kaufmann ist oder nicht im Betriebe seines Handelsgewerbes gehandelt hat. Nur bei der Pfandverwertung entsteht der in Abs. 2 des § 368 festgesetzte Unterschied innerhalb der gedachten gesetzlichen Pfandrechte: die einwöchige Frist setzt beim Kommissionär und Lagerhalter voraus, daß beide Kontrahenten Kaufleute sind, und auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt. Gegen den Kunden eines Bankiers, der sich mit der kommissionsweisen Besorgung

Digitized by Google

§ 368. von Bankgeschäften beschäftigt, muß daher die einmonatliche Wartefrist innegehalten werden, wenn die Parteien nicht etwa die Abkürzung oder gar Streichung der Wartefrist vereinbaren.

VII. Sicherungsübereignung.

Lit.: Lilienthal in DJZ. 02, 542; Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis (1904); Regelsberger, AZivPr. 63, 178; Schöninger, Forderungsabtretung zum Zweck des Einzugs, AZivPr. 96, 163; Kuhlenbeck, Fiduziarische Zession, SeuffBl. 05, 337; Kriegsmann, Die Eigentumsübertragung nach BGB., Berlin, 1905; Katzenstein, Die Sicherung von Forderungen usw., Gruch. 49, 323; Hallbauer, Recht 05, 632 u. 661 (Sicherheitsübereignung); Wienstein, Der Begriff der Inkassozession DJZ. 05, 833; Gruch. 48, 485 u. 705; Recht 06, 172.

Anm. 94. **Der Sicherungszweck, der der Pfandstellung eigen ist, kann auch durch Eigentumsübertragung erzielt werden (Sicherungsübereignung).** Ebenso ist auch die Abtretung einer Forderung zur Sicherheit zulässig (cessio in securitatem). Es wird dieses Rechtsinstitut häufig im Bankverkehr an Stelle des pignus irregulare (oben Anm. 87) und bei Übertragung des ganzen Vermögens zum Zweck der Verteilung unter die Gläubiger gewählt (RG. 55, 39; OLG. Karlsruhe in OLGR. 8, 442; Exk. zu § 350 Anm. 14). Ihre ausdrückliche gesetzliche Anerkennung hat die Sicherungsübereignung in § 223 Abs. 2 BGB. gefunden.

Anm. 95. A. **Begriff der Sicherungsübereignung.** Der Übereignungsvertrag hat sein Wesen darin, daß einem Gläubiger zu seiner Sicherstellung für eine persönliche Forderung von seinem Schuldner oder einem Dritten ein Vermögensgegenstand in der ernstlichen Absicht der Eigentumsentäußerung übergeben wird, daß der Gläubiger wirklicher Eigentümer mit allen aus dem Eigentum fließenden Rechten sein soll. Der wirtschaftliche Zweck dieser Sicherstellung wird dadurch erreicht, daß der Gläubiger persönlich sich zugleich vertraglich verpflichtet, unter bestimmten Bedingungen und zwar regelmäßig nach Tilgung der zu sichernden Forderung das Eigentum an den bisherigen Schuldner zurück zu übertragen, oder, wenn es zu einem Weiterverkauf kommt, den Übererlös herauszugeben. Nicht ausgeschlossen ist eine Vereinbarung dahin, daß bei Eintritt eines gewissen Ereignisses, regelmäßig der Tilgung der Forderung, das Eigentum ohne weiteres an den bisherigen Schuldner zurückfällt (§ 161 BGB.). Die zu sichernde Forderung erlischt durch die Sicherungsübereignung nicht. Ist sie verzinslich, so laufen die Zinsen in der seitherigen Höhe bis zur Zahlung weiter. Es lag schon nach altem Recht in einer solchen Übereignung keine Gesetzesumgehung und keine verschleierte Pfändung (RG. 13, 200; 26, 140); sie ist auch nach neuem Recht als ein fiduziarisches Geschäft anerkannt (RG. 57, 175; JW. 04, 6[3] u. 197[6]). Verschieden von der Sicherungsübereignung ist der Sicherungskauf, d. h. ein Kaufvertrag über bewegliche oder unbewegliche Sachen mit Rückkaufspflicht oder Rückkaufsrecht zum Zweck der Sicherung einer Forderung; auch beim Rückkauf ist der ernstliche auf Eigentumserwerb gerichtete Wille und Eigentumsübertragung erforderlich; auch hier kann der zu Eigentum übermachte Gegenstand im Gewahrsam des bisherigen Eigentums verbleiben, wenn ein den §§ 930, 868 BGB. entsprechendes Rechtsverhältnis begründet wird; es muß aber ein Kaufpreis und ein Rückkaufspreis vereinbart sein (RG. 26, 180; 30, 275; 43, 394; 62, 126; JW. 95, 301[33]; 96, 82[71]; 04, 355[4]). Bei der Sicherungsübereignung dagegen gibt es weder einen Kaufpreis noch einen Rückkaufspreis; sie ist überhaupt kein Kauf.

Hier wird die Sicherungsübereignung unbeweglicher Sachen nicht behandelt, weil sie nicht zum Handelsrecht gehört.

Anm. 96. B. **Voraussetzungen der Sicherungsübereignung** sind:

1. Der ernstliche Wille Eigentum zu übertragen und zu erwerben (§ 366 Anm. 1 ff. u. 7 ff.). Es darf also kein Scheingeschäft gewollt sein. Es darf daher die Übertragung von Vermögensgegenständen nicht so gemeint sein, daß den drängenden Gläubigern der Schein einer Übertragung entgegengehalten werden soll (ROHG. 24, 323; RG. 25, 207; 37, 103; JW. 03, 63[3]: Geschäftskauf). Die Übereignung darf auch nicht aus allgemeinen Gründen

Digitized by Google

nichtig sein, z. B. weil die zu sichernde Forderung eine wucherische ist (s. Gruch. 37, 911). § 368.
Ist die Übertragung des Eigentums der äußeren Erscheinung nach eine ernstlich gewollte, so ist es Sache des die Ernstlichkeit Bestreitenden dafür den Beweis zu führen (JW. 89, 117[33]). War der beiderseitige Wille nicht auf Eigentumsübertragung, sondern auf Verpfändung gerichtet, so liegt eine verschleierte Verpfändung vor. Dieser Akt ist alsdann nicht etwa wegen der Verschleierung (§ 117 Abs. 2 BGB.; anders RG. 2, 175), sondern nur dann ungültig, wenn dem Pfandgläubiger der Gewahrsam nicht eingeräumt wurde. Denn nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1205 BGB. kann eine Pfandbestellung in der Form eines constit. poss. nicht erfolgen (oben Anm. 9). Darin, daß wohl die Sicherungsübereignung nicht aber eine Pfandrechtsbestellung durch constit. poss. erfolgen kann, liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten (vgl. RG. 62, 128). Durch die Betonung des pfandrechtlichen Zweckes wird der Eigentumsübertragungswille keineswegs ausgeschlossen (RG. 59, 146); auch noch nicht dadurch, daß die zu übereignenden Gegenstände nur in Bausch und Bogen, also nicht einzeln bezeichnet wurden, daß der Gläubiger an ihnen kein Interesse hatte, daß die Gegenstände verbrauchbar, zur Fortführung des Geschäfts des Schuldners unentbehrlich sind (s. JW. 04, 355[4]: Sicherungskauf) noch dadurch, daß der Erwerber sich aus dem Erlös wie ein Pfandgläubiger decken soll. Dagegen ist die Absicht der Eigentumsübertragung ausgeschlossen, wenn der Schuldner die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung übernommen hat (RG. 43, 394; JW. 96, 82[71], vgl. ebenda 150[28]: Sicherungskauf), oder wenn zum Leben unentbehrliche Gebrauchsgegenstände hingegeben werden; jedoch ist auch dann noch eine Notlage von Einfluß (vgl. RG. 62, 128).

2. Zweite Voraussetzung ist die Übergabe der zu übereignenden Sache. Diese Anm. 97.
Übergabe vollzieht sich in den zu § 366 Anm. 1 ff. u. 12 ff. erläuterten Formen. Es ist danach vor allem, abweichend von der Pfandbestellung, die Übergabe mittels constit. poss. zulässig. Es können also die übereigneten Gegenstände in dem Gewahrsam des früheren Eigentümers bleiben, wenn ein die Übergabe ersetzendes Rechtsverhältnis nach §§ 930, 868 BGB., sei es auch nur auf Zeit, von dem Veräußerer mit dem Erwerber eingegangen wird (RG. 49, 170; 57, 175; JW. 04, 6[2] u. 197[6]; Gruch. 37, 118), z. B. durch Abschluß eines Miet- oder Leihvertrags (RG. 59, 147), eines Verwahrungsvertrags (a. M. Hallbauer 636) oder eines ähnlichen Verhältnisses (§ 868 BGB.). Unter einem solchen ähnlichen Verhältnis ist nur ein konkret bestimmtes, obligatorisches Rechtsverhältnis oder die Bestellung eines dinglichen Rechts an der Sache, also ein Gebrauchs- oder Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht verstanden (RG. 49, 173 vgl. RG. 54, 397). Ein abstraktes constit. poss., d. h. die bloße Vereinbarung, daß nun der Veräußerer unmittelbarer, der Erwerber aber mittelbarer Besitzer sein solle, genügt dem Gesetz also nicht. Daher muß bei der Sicherungsübereignung unter Eheleuten das den Veräußerer zum Behalten berechtigende Rechtsverhältnis ein weitergehendes sein als das bloße ehemännliche Verwaltungsrecht (RG. in Gruch. 49, 123; vgl. § 366 Anm. 2). Sollen Waren aus einem Warenlager zur Sicherung übereignet werden, so müssen die Waren durch Konkretisierung aus dem Lager ausgeschieden oder sonst kenntlich gemacht werden (näheres § 366 Anm. 12; vgl. auch oben Anm. 3 f. u. 10 ff.). Wird das ganze Warenlager übereignet und dem Schuldner zur Fortführung überlassen, so findet auch an den neu hinzugekauften Gegenständen ein constit. poss. statt, wenn in dem Übereignungsvertrag bestimmt ist, daß der Schuldner auch diese Stücke nur für seinen Gläubiger erwerbe (JW. 03 Beil. 143[115]; vgl. 03, 129[19] u. 03, 163[3]) und der Schuldner beim Erwerb diesen Willen hatte (dagegen jedoch RG. in DJZ. 03, 153).

C. **Die Wirkungen der Sicherungsübereignung** sind verschieden nach außen und nach innen; sie Anm. 98.
berühren auch die Interessen der übrigen Gläubiger:

1. Dritten gegenüber hat der Erwerber alle Rechte eines Eigentümers (RG. 30, 273; JW. 04, 6[3]). Er ist wahrer Eigentümer; nur durch Nebenabrede hat er sich zur Rückübertragung des Eigentums für den Fall seiner Befriedigung obligatorisch verbindlich gemacht, falls nicht etwa das Eigentum ohne weiteres kraft auflösender Bedingung zurück-

Digitized by Google

§ 368. fallen soll (oben Anm. 95). Der Gläubiger ist daher berechtigt, pfändenden anderen Gläubigern sein Eigentum nach § 771 CPO. entgegenzuhalten. Erkennt der Pfandgläubiger das Eigentum sofort an, so fallen ihm die Kosten nicht zu, wenn der Eigentümer die oft schwer zu erkennende wahre Sachlage ihm darzulegen unterlassen oder die zur Prüfung der Verhältnisse erforderliche Zeit nicht eingeräumt hat (§ 93 CPO.; JW. 88, 402; 89, 359; vgl. RG. 61, 433). Ist der pfändende Gläubiger, der die im Besitz des früheren Eigentümers belassenen Gegenstände gepfändet hatte, durch Widerspruchsklage nach § 771 CPO. zur Freigabe gezwungen, so richtet sich die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Pfändung nicht nach den Vorschriften über Verletzung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers gegen den Besitzer (§§ 987—993 BGB.), sondern nach § 823 BGB.; es kommt also darauf an, ob fremdes Eigentum schuldhaft, d. h. unter Verletzung der im Verkehr aufzuwendenden Sorgfalt verletzt worden ist (RG. 61, 433). Der Gläubiger, dem Sachen oder Forderungen zur Sicherung übereignet sind, ist befugt, die Weiterveräußerung vorzunehmen; er überträgt volles Eigentum. Ist die Rückübertragung des Eigentums in Form einer auflösenden Bedingung vereinbart, so kommen die zu § 366 Anm. 77 dargestellten Grundsätze zur Anwendung. Die Art der Verwertung ist dem gewissenhaften Ermessen des Gläubigers anheimgegeben. Nach anderer Ansicht (OLG. Hamburg HansGZ. 05 Beibl. Nr. 223; Düringer-Hachenburg II 550; Jaeger § 48 Anm. 10) sollen die Grundsätze über Pfandverkauf hier entsprechend Anwendung finden. Dies kann jedoch nur zutreffen, wenn keine Sicherungsübereignung sondern eine verschleierte Verpfändung vorliegt. Tritt der Gläubiger die Forderung, die gesichert worden ist, ab, so muß er im Zweifel auch das Eigentum an den übereigneten Gegenständen mit übertragen. Das ist Parteiwille. § 401 BGB. (hierüber § 349 Anm. 40) ist nicht unmittelbar anzuwenden.

Anm. 99. 2. Gegenüber dem übereignenden Schuldner tritt der Gläubiger in eine Art Treuverhältnis. Die übereigneten Sachen und Forderungen scheiden aus dem Vermögen des Schuldners aus; dafür erhält er den obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums und Ausfolgung eines Übererlöses, falls der Gläubiger die Verwertung vornimmt. Nur über diesen Anspruch kann der Schuldner fernerhin verfügen; nur diesen Anspruch können seine anderen Gläubiger noch pfänden (vgl. RG. 2, 170; JW. 03, 63[3]). Auf das zwischen dem Schuldner und seinem Gläubiger durch die Übereignung geschaffene Band finden die Grundsätze vom Auftrag (§ 662 BGB.) und hinsichtlich der Verwirklichung des Auftrags auch die Grundsätze von Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB.) Anwendung (vgl. RG. 59, 191). Der Gläubiger darf also mit den ihm übereigneten Sachen nicht gegen das Interesse des Übereignenden verfahren, sie nicht vorzeitig verkaufen. Er muß im Falle einer Verwertung den Umständen angemessen verfahren, darf also nicht an sich selbst oder Dritte unter dem wahren Wert veräußern. Eine Vereinbarung, daß der Gläubiger, falls der Schuldner seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt, die übereigneten Sachen an Zahlungsstatt behalten darf, ist vor Eintritt der Verkaufsberechtigung aus denselben Gründen unstatthaft, aus denen dieselbe Klausel beim Pfandvertrag gemißbilligt wird (vgl. oben Anm. 43). Veräußert der Gläubiger entgegen seiner Verpflichtung vorzeitig, so hat der Schuldner gegen den Abkäufer des Gläubigers keine Ansprüche; denn die Beschränkung ist nur eine vertragliche. Eingriffe Dritter in Vertragsrechte stellen aber keine unerlaubte Handlung dar (a. M. Hallbauer 635 u. 662) und mit einer der Sicherungsübereignung beigefügten auflösenden Bedingung ist gegen den redlichen Erwerber nichts auszurichten (vgl. § 366 Anm. 77).

Aus dem Treuverhältnis ergibt sich weiter, daß der Gläubiger, sobald seine Befriedigung gefährdet ist, die Herausgabe der dem früheren Eigentümer überlassenen Gegenstände verlangen kann (JW. 06, 161[4]). Der Gläubiger ist zur Verwertung der ihm übereigneten Sachen nicht gezwungen; aber der Schuldner kann ihn, wenn er seine Forderung einklagt, auf den in der Übereignung enthaltenen Parteiwillen verweisen, nachdem der Gläubiger sich zunächst an die übereigneten Gegenstände zu halten hat (vgl. oben Anm. 86); jedenfalls ist der auf Zahlung verklagte Schuldner nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der übereigneten Gegenstände zu ver-

Digitized by Google

§ 368.

urteilen; wie auch dem zahlungsbereiten Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Rückgewähr zusteht. Diese Sätze sind sowohl aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 1223 Abs. 1, 1273 BGB. als auch aus dem fiduziarischen Charakter des Geschäfts herzuleiten (vgl. JW. 06, 545[10]). Begehrt der Schuldner die Rückgewähr, weil der zu sichernde Anspruch nicht zur Entstehung gelangt sei, so hat der Fiduziar die Beweislast für die Entstehung. Wird die Rückgabepflicht mit dem Erlöschen des zu sichernden Anspruchs begründet, so trifft den Schuldner die Beweislast.

Anm. 100.

3. Die Stellung der übrigen Gläubiger des übereignenden Schuldners richtet sich danach, ob sie die Sicherungsübereignung anerkennen müssen oder nicht. Lassen sie das fiduziarische Geschäft gelten, so können sie nach Erwirkung eines vollstreckbaren Titels gegen ihren Schuldner lediglich dessen Ansprüche gegen den Treuhänder (Fiduziar) pfänden und sich überweisen lassen. Steht es aber fest, daß gar kein ernstliches Rechtsgeschäft gewollt war, so können die Gläubiger bei betrüglichem Zusammenwirken des Schuldners und des Empfängers beide nach §§ 823, 826 BGB. unmittelbar auf Schadensersatz belangen (RG. in DJZ. 04, 1041). Hat aber kein Verstoß gegen die guten Sitten und keine unerlaubte Handlung stattgefunden, so kann, falls ein Scheingeschäft in obigem Sinne gegeben ist, gegen den Empfänger nicht unmittelbar die Herausgabe der Gegenstände mit der Leistungsklage durchgesetzt werden, solange nicht gegen den Schuldner vom Gläubiger ein vollstreckbarer Titel erwirkt worden ist. Denn der Dritte besitzt die Gegenstände, in die der Gläubiger vollstrecken will, an Stelle des Schuldners, da das Geschäft ja nur zum Schein abgeschlossen ist (RG. 32, 230; 50, 121; JW. 91, 149[12]). Eine Feststellungsklage auf Nichtigkeit des Scheingeschäfts kann dagegen ohne vollstreckbaren Titel von jedem Gläubiger angestrengt werden. War das Übereignungsgeschäft dagegen ernstlich gemeint und sind nur dessen tatsächliche Unterlagen verschleiert worden, damit die Absicht, den Gläubigern Vermögensstücke zu entziehen, nicht erkennbar werde (JW. 03, 74[170]), so ist nur die Anfechtung aus dem Gesetz vom 21. Juli 1879, nicht aber daneben auch noch die Anfechtung aus §§ 134, 138 Abs. 1 BGB. etwa deshalb gegeben, weil das Geschäft als zugleich gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sei (RG. in Gruch. 49, 351). Geschah die Entziehung von Vermögensstücken zum Zweck der Gläubigerbenachteiligung in der Weise, daß Forderungen oder Pfandrechte des Schuldners auf einen Dritten, jedoch ohne Gegenleistung, übertragen wurden, so ist ein solches Geschäft sowohl nach dem Gesetz vom 21. Juli 1879, als auch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten anfechtbar; denn es ist alsdann eine Zwischenperson lediglich zur Verdeckung eines fiduziarischen Geschäfts eingeschoben. Hierwegen ist Feststellungsklage zulässig. Soll aber die Herausgabe der Gegenstände verlangt, also die Leistungsklage erhoben werden, so ist auch hier vom Gläubiger zuvor ein vollstreckbarer Titel für seine Forderung zu erwirken (RG. in Gruch. 49, 352 u. 900).

Anm. 101.

D. **Die Übereignung einer Forderung durch Sicherungsgeschäft insbesondere** hat mehrere Eigentümlichkeiten, namentlich auch wegen mancher Ähnlichkeit mit der Inkassoabtretung:

1. Gegenstand der Übertragung können Forderungen und Rechte aller Art sein, die auf Erlangung eines Verkehrsgutes gerichtet sind, z. B. ein Geschäftsanteil einer G. m. b. H. (RG. in Holdheim 13, 109); auch natürliche Verbindlichkeiten (gegen Oertmann, österr. HGZ. 02, 201). Nur solche Ansprüche sind von der Übereignung ausgenommen, die wie regelmäßig die Bierbezugspflicht, durch die Übertragung einen anderen Inhalt bekämen (§ 399 BGB.). Auch an Beweisurkunden allein, die also nicht Träger eines Rechts darstellen, ist keine Sicherungsübereignung möglich (vgl. § 365 Anm. 10 u. oben Anm. 1). Über die Legitimationsübertragung von Aktien vgl. § 222 Anm. 16ff.; § 223 Anm. 17ff.; § 225 Anm. 4 u. 5 und RG. 37, 111; 40, 82 JW. 99, 342[22 u. 23].

Anm. 102.

2. Der ernstliche auf Eigentumsübertragung gerichtete Wille muß auch hier feststehen (oben Anm. 96). Es bedarf daher auch hier der genauen Prüfung, ob nicht lediglich Verpfändung gewollt war (RG. 28, 280; 30, 273; 62, 126; JW. 04, 6[8]).

Anm. 103

3. Der Gläubiger, an den die Übereignung stattfindet, wird auch hier wahrer Eigentümer der Forderung (RG. 55, 391). Das Geschäft ist ein wahres Veräußerungs-

Digitized by Google

§ 368. geschäft. Auch hier (oben Anm. 95) ist die Einkleidung in die Form eines Kaufs mit dem Recht oder der Pflicht des Rückkaufs möglich (Sicherungskauf). Auch hier kann eine auflösende Bedingung vereinbart sein, so daß der Schuldner ohne weiteres durch Befriedigung des Gläubigers wieder Eigentümer der Forderung sein soll (JW. 87, 21[81]). Im Zweifel ist jedoch nur die Auferlegung der obligatorischen Pflicht zur Rückübertragung als gewollt anzunehmen (RG. 26, 180; 30, 273; JW. 96, 82[71]; 00, 670[88]; 04, 6[3]; Holdheim 13, 109). Der Schuldner hat nur noch den Anspruch auf Rückabtretung oder auf Ausfolgung des zur Tilgung der gedeckten Forderung nicht nötigen Überschusses (§ 667 BGB.; vgl. RG. 59, 192). Daher wird durch die Übereignung einer Forderung der bis dahin am Wohnort des Drittschuldners vorhandene Gerichtsstand des Vermögens beseitigt (RG. 55, 389). Der Gläubiger kann die Forderung weiter abtreten oder einziehen. Der Drittschuldner kann, so lange die Rückübertragung nicht erfolgt, nicht einwenden, der Schuldner habe den gesicherten Anspruch getilgt (RG. 24, 161; 30, 275; näheres unten Anm. 105).

Anm. 104. 4. Das dem Schuldner gegenüber eingegangene Treueverhältnis (oben Anm. 99) bildet für den Gläubiger die Richtschnur seines Verhaltens. Daher muß er die Beitreibung der Forderung auch im Interesse des Schuldners besorgen. Ist die übereignete Forderung mit einem Pfandrecht versehen, so darf der Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung das Pfand nicht unter dem Wert an sich bringen; andernfalls geht der Ausfall auf seine Rechnung (JW. 05, 43[5]). Im Konkurs des Drittschuldners hat er die Anmeldung vorzunehmen. Die Rückübertragungspflicht hat denselben Inhalt, der oben Anm. 99 dargelegt ist.

Anm. 105. 5. Der Drittschuldner hat die Einwendungen, die sich aus dem Übereignungsgeschäft selbst ergeben. Er kann daher ohne Nachweis eines Interesses geltend machen, daß gar keine Eigentumsübertragung gewollt war, also die Einrede der Nichtigkeit, und auch weiter vorschützen, daß das Geschäft zum Schein geschlossen, oder daß seine Schuld nur zum Schein fingiert worden ist, sollte selbst zum Schein ein Urteil erwirkt worden sein (RG. 36, 249; vgl. Erk. zu § 346 Anm. 25). Eine derartige Einrede des Scheins wird jedoch meist nicht verfangen, weil die Forderungsübereignung regelmäßig eine Inkassoabtretung mitenthalten wird (M. II 129; Prot. I 389; RG. 25, 208). Daher hat eine Einrede des Drittschuldners, daß der Zessionar die Forderung nur beizutreiben habe, oder sich zunächst an ein Wechselakzept des Schuldners halten müsse, oder die Forderung entgegen dem Willen des Schuldners betreibe, oder daß der Schuldner den gesicherten Anspruch zum Erlöschen gebracht habe, keinen Erfolg (vgl. RG. 24, 163; 25, 210; 32, 220; Gruch. 37, 971). Nur dann liegt die Sache anders, wenn ein Scheingeschäft dahin behauptet werden kann, daß mit der Abtretung keinerlei Rechte (also nicht einmal eine Inkassoabtretung) übertragen worden sind, z. B. lediglich, um die Gläubiger an einer Beschlagnahme zu hindern (RG. 25, 207; 37, 107), oder wenn der Drittschuldner ein berechtigtes Interesse hat, dem übereignenden Schuldner, seinem ursprünglichen Gläubiger gegenüberzustehen (RG. 25, 210 gegen Bolze 3 Nr. 567; 4 Nr. 493; 5 Nr. 511). Ein hiernach zu forderndes rechtliches Interesse darf nicht ein lediglich prozessuales sein, z. B. nicht nur darauf hinzielen, daß die Übereignung nur erfolgt ist, damit der Abtretende als Zeuge vernommen und der Zessionar den Überzeugungseid schwören kann; denn die Grundsätze über die Beweiswürdigung lassen eine solche Personenverschiebung als unschädlich erscheinen (§§ 286, 475 CPO.: JW. 06, 329[2]). Findet aber die Verschiebung der Berechtigten statt, um dem Drittschuldner Einreden abzuschneiden, so ist ein berechtigtes Interesse vorhanden. Es verstößt ein solches Verfahren außerdem gegen die guten Sitten (vgl. Erk. zu § 346 Anm. 13). Dasselbe muß gelten, wenn die Übereignung stattfand, damit der Drittschuldner mit einem mittellosen Zessionar die Instanzen durchlaufen soll (Dernburg II 1 § 135 Anm. 12; anders JW. 00, 860[23]), oder wenn § 35 Abs. 3 GewO. durch Übereignung an einen Rechtsagenten umgangen werden will.

Anm. 106. 6. Die Inkassoabtretung bedeutet lediglich eine Legitimationserteilung an den Zessionar zum Zweck der Einziehung und Einklagung gegen den Drittschuldner auf Rechnung des Abtretenden. Die Forderung geht nicht in das Vermögen des Zessionars über. Daher hat der In-

Digitized by Google

kassoabtretende im Konkurs des Inkassozessionar ein Aussonderungsrecht (KG. in KGBl. 05, 81). § 368.
Nach außen entsteht so ein Vollmachtsverhältnis; dem Abtretenden gegenüber ist der Zessionar der Beauftragte (RG. 37, 103; 39, 166; 53, 417). Eine Abtretung dieser Art ist z. B. anzunehmen, wenn dem kreditierenden Bankier im Kontokorrentverkehr Kundenwechsel von seinem Kontokorrentkunden begeben werden, hinsichtlich der diesen Wechseln zugrunde liegenden Warenforderungen (RG. 39, 373). Wegen des Auftragsverhältnisses schafft das gegen den Inkassomandatar erstrittene Urteil Rechtskraft auch gegen den Inkassoindossanten (RG. 36, 53), und kann der Inkassoabtretende in jenem Rechtsstreit nicht Zeuge sein (RG. 44, 374; vgl. KG. in KGBl. 14, 32). Hatte der Zessionar für einen Teil der ihm abgetretenen Forderung ein rechtskräftiges Urteil erstritten und wurde nachträglich dem Abtretenden die ganze Forderung infolge einer deren Existenz vernichtenden Einrede aberkannt, so steht der Geltendmachung des älteren Urteils die Einrede der Arglist entgegen (RG. 52, 219; dagegen Eccius DJZ. 03, 210). Aus dem Auftragsverhältnis folgt dessen Widerruflichkeit (RG. 36, 54; 37, 6; 39, 166), wenn nicht der Zessionar ein eigenes Interesse zu verfolgen hat (ROHG. 23, 324; vgl. 53, 419). Daher kann der Drittschuldner dem Zessionar alle Einwendungen entgegenhalten, wie er dies dem Abtretenden gegenüber gekonnt hätte (§ 364 Anm. 16); auch daß der Abtretende widerrufen, bezahlt oder sich verglichen habe (RG. 25, 207; 39, 166; 53, 419; Staub DJZ. 03, 389 gegen Durchholz in Gruch. 47, 533.

7. Weder eine Sicherungsübereignung noch eine Inkassoabtretung, sondern ein Geschäft Anm. 107.
unzulässiger Art soll nach Ansicht des Reichsgerichts (JW. 05, 718[9]) vorliegen, wenn die Forderung zwar auf den Zessionar übergehen, der Abtretende aber berechtigt bleiben soll, gegen den Drittschuldner in eigenem Namen zu klagen. Allein es können die Parteien ein berechtigtes Interesse daran haben, daß die Sicherheitsübereignung mit Rücksicht auf den Kredit nicht bekannt wird. Der Abtretende ist danach Beauftragter des Zessionars, um in eigenem Namen, aber für des Zessionars Rechnung, die Forderung einzuziehen (so wohl auch RG. 40, 221; 53, 416; JW. 91, 228[24]; 99, 378[28]). Auch kann umgekehrt verabredet werden, daß die abgetretene Forderung beim Abtretenden verbleibe und die Abtretungsurkunde nur zur Legitimation des Zessionars diene. Es ist dies allerdings keine Sicherungsübereignung; jedoch bietet diese Vereinbarung keinen Anlaß zur Beanstandung der Aktivlegitimation, noch auch zur Einrede des Scheins (RG. 24, 63; 25, 210; 37, 106; 39, 166, Bolze 4 Nr. 493).

E. **Die Sicherungsübereignung im Konkurs:** Anm. 108.

1. Im Konkurs des übereignenden Schuldners muß sich der persönliche Gläubiger hinsichtlich der übereigneten Gegenstände wie ein Pfandgläubiger behandeln lassen, indem er nicht seine volle Forderung, sondern nur den Ausfall nach §§ 64, 153, 155, 156, 168 Nr. 3, 169 KO., wie jeder Absonderungsgläubiger anmelden kann, wenn er nicht auf die übereigneten Sachen verzichten will (RG. 24, 46; vgl. JW. 01, 252[11]). Dasselbe gilt für die Forderungsübereignung. Die fiduziarisch übereignete Forderung gehört zwar nicht mehr zur Konkursmasse des Schuldners, so daß der Gläubiger die Forderungen als sein Eigentum als Aussonderungsgläubiger ansprechen kann (RG. 2, 170; JW. 90, 373[11]; 06, 104[2]). Will sich der Gläubiger aber an der Masse beteiligen, so muß er sich auch entsprechend der der Sicherungsübereignung beigefügten Nebenabrede (oben Anm. 94, 99) gefallen lassen, daß ihm das, was er aus der Einziehung der Forderung erlangt, abgezogen wird. Mit anderen Worten: seine Stellung ist alsdann in Wahrheit die eines Absonderungs- und nicht eines Aussonderungsgläubigers (vgl. Jaeger § 64 Anm. 2; § 48 Anm. 10). Der Konkursverwalter kann sogar Herauszahlung des Übererlöses begehren, wie es der Schuldner selbst gekonnt hätte. Die Art der Verwertung steht dem Gläubiger völlig frei (oben Anm. 98 u. 103). Hat der Schuldner vor Eröffnung des Konkurses die übereignete Forderung eingezogen, so erlangt der Gläubiger eine einfache Konkursforderung und auch diese nicht einmal, wenn der Übereignungsakt selbst anfechtbar war, aber wegen Versäumnis der Anfechtungsfrist der Konkursverwalter nur noch die Herausgabe nach § 41 Abs. 2 KO. verweigern kann (JW. 06, 104[2]; vgl. RG. 54, 422).

Digitized by Google

§ 368. Hat nicht der in Konkurs geratene Schuldner, sondern ein Dritter für den Schuldner Forderungen zur Sicherung übereignet, so kann der Fiduziar seinen vollen Anspruch als Konkursforderung anmelden, neben ihm aber nicht der Abtretende seine Regreßforderung (vgl. § 349 Anm. 42ff.).

Anm. 109. 2. Im Konkurs des Gläubigers, dem übereignet worden ist, macht sich das zwischen Gläubiger und Schuldner begründete Treueverhältnis (oben Anm. 99, 104) geltend, d. h. das formale Eigentum entscheidet nicht. Die Sachen sind als dem Schuldner noch gehörig zu betrachten; mag auch das Indossament indossabler Urkunden nicht den Zusatz „zur Einziehung" oder „zur Sicherheit" tragen (RG. 45, 86; vgl. RG. 35, 79; 41, 4). Dasselbe gilt bei einer Forderungsabtretung zur Sicherung (Jaeger § 43 Anm. 17—22[1], dort auch Lit.; Dernburg II 1 § 135 IV und die herrschende Meinung; dagegen Hallbauer 636). Die Ansprüche, die von der Konkursmasse in diesem Falle gegen den Aussonderungsberechtigten erhoben werden können, richten sich nach dem der Sicherungsübereignung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.

VIII. Übergangsfragen.

Anm. 110. Nach Art. 184 EG. z. BGB. bleiben Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen. Zum Inhalt des Pfandrechts gehört der Umfang des Pfandrechts; jedoch ist die Frage, welche Sachen Zubehöreigenschaft haben, z. B. ob die auf einem Grundstück vorhandenen, dem jeweiligen Geschäftsbetrieb dienenden Rohmaterialien und Waren als Zubehör von der Hypothek ergriffen werden, nach dem BGB. zu beantworten (Art. 192 EG. z. BGB.; RG. 50, 72; 55, 289; JW. 02 Beil. 217[29]). Diese Grundsätze gelten für vertragliche wie für gesetzliche Pfandrechte. Die Entstehung der letzteren richtet sich hiernach für die Zeit vor dem 1. Jan. 1900 nach altem Recht, von da ab nach neuem Recht (vgl. RG. in ElsLothZ. 05, 84). Dem Lagerhalter z. B. hat erst das neue HGB. ein gesetzliches Pfandrecht gewährt. Dieses kommt daher erst den nach dem 1. Jan. 1900 eingegangenen Lagergeschäften zugute. Insbesondere gilt alles dies auch für den Schutz des guten Glaubens. Fällt ein Teil des Tatbestandes, der zur Voraussetzung des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes erforderlich ist, unter das alte, ein Teil unter das neue Recht, so kommt das zu § 366 Anm. 87ff. Gesagte zur Anwendung. Der Inhalt des bestehenden Pfandrechts richtet sich also nach dem alten Recht, der Inhalt eines neu entstehenden nach dem neuen Recht, doch bleiben nach Art. 184 EG. Rechte Dritter, welche vor dem 1. Jan. 1900 entstanden waren, bestehen. Hat aber ein nach neuem Recht gutgläubig erworbenes Pfandrecht den Vorrang vor einem nach altem Recht entstandenen Pfandrecht, so kommt das neue Recht zur Anwendung, weil Art. 184 EG. z. BGB. einen Vorbehalt zugunsten dessen, der Rechte von einem Nichtberechtigten herleitet, nicht enthält (Planck Art. 184 EG. z. BGB. Anm. 5c gegen Lehmann ZHR. 48, 74 u. 6./7. Aufl.). Die Form des Pfandverkaufs richtet sich zwar nach neuem Recht; die Voraussetzungen und Fristen des Pfandverkaufs stehen aber unter der Herrschaft des alten Rechts (Planck a. a. O. gegen Lehmann a. a. O.). Die Form des Pfandverkaufs folgt dem neuen Recht (Lehmann a. a. O. S. 75). Die Frage des Erlöschens des Pfandrechts richtet sich für die früheren Rechte nach dem alten Recht, für die neuen nach neuem Recht. Denn das ist eine Frage des Inhalts des Rechts (RG. in Gruch. 46, 905).

§ 369.

§ 369. Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind, sofern er sie noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber ver-

Digitized by Google

fügen kann. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch dann begründet, wenn das Eigenthum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist. § 369.

Einem Dritten gegenüber besteht das Zurückbehaltungsrecht insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können.

Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe ertheilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet.

Der Schuldner kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

Lit.: Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht, Fischers Abh. XII 1; Rech, Das Rechtsverhältnis, Bonn 1904; Sievers, Das kaufm. Zurückbehaltungsrecht, SächsA. 14, 162 u. 289; Wolff in ABürgR. 26, 315 (Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung); dazu Hellmann, KrVSchr. 44, 120; Schäfer in BayZeitschr. 05, 437 (Zurückbehaltungsrecht für verjährte Ansprüche).

Vorbemerkung. Die §§ 369—372 regeln das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Es ist ein pfandartiges Institut. Es ist wesentlich verschieden von dem Zurückbehaltungsrecht des BGB. Das letztere, beruhend auf den §§ 273 und 274 BGB., betrifft nur den Fall, daß jemand aus demselben rechtlichen Verhältnisse, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat — er kann in diesem Falle der Regel nach die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist —, und den anderen Fall, daß jemand zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist und ihm wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens ein fälliger Anspruch zusteht. Der erste Fall ist insofern verschieden von dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte, als dieses lediglich darin besteht, eine im Besitz des Gläubigers befindliche Sache des Schuldners pfandartig zurückzuhalten, nicht aber eine geschuldete Leistung zu verweigern; in dieser Hinsicht nähert sich der zweite Fall schon eher dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte, andererseits hat in diesem zweiten Falle der Gläubiger nur ein Recht der Zurückhaltung, während das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in dem pfandartigen Verkaufe der zurückbehaltenen Sache gipfelt. Beide Fälle sind aber von dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte wesentlich dadurch verschieden, daß sie sich nur auf konnexe Gegenansprüche beziehen, während das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem Kaufmann eine Sicherung gewähren soll für alle seine Ansprüche gegen den Schuldner. Anm. 1.

Das ist der Grundcharakter des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Es ist ein pfandähnliches Institut, aber allerdings kein wahres Pfandrecht.

Ob es ein dingliches oder ein persönliches Recht ist, ist unten Anm. 33 u. 38 erörtert.

Das Zurückbehaltungsrecht des BGB., das sich allerdings nicht nur auf Sachen beschränkt, sondern sich auch auf Rechte und Handlungen, z. B. auf Abgabe einer Willenserklärung erstreckt (RG. 59, 201), nähert sich andererseits doch wieder dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht insofern, als zu der von § 273 BGB. verlangten Zusammengehörigkeit von Anspruch und Gegenanspruch nicht gerade eine Bedingtheit von Leistung und Gegenleistung zu fordern ist. Es genügt vielmehr an wirtschaftlichem, natürlichem Zusammenhang, wie er sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr ergibt (RG. 57, 6). Diesem Zusammenhange entspricht beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe (Dernburg III § 283, 1). Immerhin bleibt der Unterschied beider Zurückbehaltungsrechte ein bedeutsamer. Die

Digitized by Google

§ 369. Zurückbehaltungsrechte des bürgerlichen und des Handelsrechts zeigen eine nahe Verwandtschaft mit § 320 BGB., wenn bei gegenseitigen Verträgen der eine Teil mit seiner Leistung zurückhält, bis die Gegenseite erfüllt hat (hierüber Exk. zu § 374) und mit § 255 BGB. Nach letzterer Bestimmung kann der Ersatzpflichtige dem Ersatzberechtigten gegenüber mit seiner Ersatzleistung zurückhalten, bis der Ersatzberechtigte die dem Ersatzpflichtigen gebührenden Ansprüche abgetreten hat (RG. 59, 371).

Anm. 2. **Der vorliegende Paragraph regelt die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts im Regelfalle.** In Abs. 1 wird bestimmt, hinsichtlich welcher Forderungen und an welchen Gegenständen das Zurückbehaltungsrecht besteht, in Abs. 2 wird bestimmt, inwiefern es sich gegen Dritte geltend macht, in Abs. 3 sind Fälle genannt, in denen es nicht stattfindet, in Abs. 4 ein Fall, in welchem es wegfällt, nachdem es entstanden.

Anm. 3. 1. (Abs. 1.) **Welcher Art müssen die Forderungen, wegen derer zurückbehalten werden kann, und die Sachen, die zurückbehalten werden, sein?**

a) **Die Forderungen, derentwegen zurückgehalten werden darf,** müssen einem Kaufmann gegen einen Kaufmann zustehen, müssen aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften herrühren. Sie müssen auch fällig sein.

α) Sie müssen einem Kaufmann zustehen. Es kann ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 oder nach § 4 (Minderkaufmann) sein, aber auch nach § 5 (Geltung als Kaufmann infolge Eintragung, trotzdem das Gewerbe kein Handelsgewerbe ist). Genügt es aber auch, daß der Betreffende als Kaufmann auftritt und dadurch als Kaufmann gilt? Dieses kaufmännische Auftreten kann zunächst darin bestehen, daß er eingetragen ist, obwohl er überhaupt kein Gewerbe betreibt. § 15 greift dann nicht Platz; denn danach muß der zu Unrecht Eingetragene die Eintragung nur gegen sich gelten lassen. Gleichwohl wird in diesem Falle sowohl, als auch sonst, wenn der Gläubiger als Kaufmann gilt, weil er kaufmännisch im Rechtsverkehr auftritt, angenommen werden müssen, daß auch der solchergestalt Auftretende selbst sich darauf berufen kann (vgl. Exk. zu § 5 Anm. 7). Ist nämlich nach den Umständen anzunehmen, daß der andere Teil mit ihm als Kaufmann abschließen wollte, hat insbesondere der andere Teil hieraus Vorteile gezogen und sich hierauf selbst gestützt, so kann er jetzt, wo es sich um die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts handelt, nicht geltend machen, jener sei nicht Kaufmann.

Anm. 4. Wer aber nicht Kaufmann ist und nach dem oben Gesagten auch nicht als Kaufmann gegenüber dem andern Teil gilt, hat dieses Recht nicht, so z. B. nicht der Handlungsreisende; wohl aber der Handlungsagent. Dagegen schadet es nicht, daß nach Entstehung des Zurückbehaltungsrechts die Kaufmannseigenschaft aufhört.

Anm. 5. β) Sie müssen gegen einen Kaufmann entstanden sein. Auch hier kann es ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 oder nach § 4 oder auch nach § 5 sein. Endlich genügt es aber auch unbedenklich, daß der Schuldner als Kaufmann im Rechtsverkehr auftrat. Gegen sich muß er dann jedenfalls gelten lassen, daß er als Kaufmann behandelt wird (Exk. zu § 5). Wer aber nicht Kaufmann ist, und hiernach auch nicht als Kaufmann gilt, gegen den entsteht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nicht. Das einmal entstandene geht aber dadurch nicht unter, daß der Schuldner nachträglich die Kaufmannseigenschaft verliert.

Anm. 6. γ) Aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften müssen die Forderungen entstanden sein. Also beiderseitige Handelsgeschäfte müssen es sein. Es genügt nicht, daß beide Teile Kaufleute sind. Vielmehr muß das betreffende Geschäft bei beiden zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich nach den §§ 343 u. 344, insbesondere greift auch die Fiktion des § 344 Abs. 2 hier ein. Der Anspruch auf Erstattung von Prozeßkosten kann dazu gehören, nämlich dann, wenn er durch Geltendmachung eines beiderseitigen handelsgeschäftlichen Anspruchs entstanden ist. Das Handelsgeschäft darf auch nicht formell wirkungslos oder nichtig sein (s. RG. 49, 424).

Digitized by Google

Zwischen ihnen muß das Geschäft geschlossen sein. Daraus folgt: das Zurückbehaltungsrecht kann weder selbständig abgetreten werden, noch kann es wegen einer abgetretenen Forderung entstehen (ROHG. 5, 304; RG. 9, 49 oben; 18, 234; Dernburg III § 283 1a). Denn in keinem dieser Fälle kann man sagen, daß das Geschäft zwischen dem Zurückbehaltenden und dem Schuldner geschlossen ist. Doch würde man zu weit gehen, wenn man auch die Möglichkeit der Abtretung des Zurückbehaltungsrechts mit der Forderung bestreiten wolle, wie dies anscheinend ROHG. 10, 112 tut (vgl. ROHG. 5, 304; Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 2 § 85 Anm. 17; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 940), während man wiederum nicht annehmen kann, daß es mit dem Übergange der Forderung von selbst übergehe. Allerdings ist § 1250 BGB. überhaupt nicht (ROHG. 5, 307) und § 401 BGB. nicht ohne weiteres anwendbar. Es kommt eben darauf an, ob bei dem neuen Gläubiger die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts ebenfalls vorhanden sind und der Übergang gewollt war (hierüber § 349 Anm. 40; so auch Cosack § 31 Anm. 1). § 369. Anm. 7.

Dagegen hat die Rechtsprechung angenommen, daß zwischen dem Indossatar eines Orderpapiers und dem aus einem solchen Papier Verpflichteten ein zwischen diesen beiden geschlossenes Geschäft im Sinne des vorliegenden Paragraphen vorliegt (RG. 9, 45). Umsomehr muß dies beim Inhaberpapier im Verhältnis zwischen dem Erwerber des Papiers und dessen Aussteller gelten (Hahn § 6 zu Art. 313). Selbstverständlich muß sowohl auf seiten des Schuldners, als auf seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft vorliegen, d. h. es muß das Papier vom Schuldner auf Grund eines Handelsgeschäfts ausgestellt oder giriert sein (wobei die Fiktion des § 344 Abs. 2 eingreift), und der Gläubiger muß es von seinem Vormann auf Grund eines Handelsgeschäfts auf seiner Seite erhalten haben (näheres bei Hahn § 6 zu Art. 313).

d) Die Forderung muß fällig sein und zwar zur Zeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts, nicht notwendig schon zur Zeit der Besitzerlangung (Bolze 7 Nr. 114). Eine gestundete Forderung reicht also nicht hin. Indessen braucht der Schuldner nicht im Verzuge zu sein. Auch liquide braucht die Forderung nicht zu sein (im Falle des § 370 wird auch von dem Erfordernisse der Fälligkeit abgesehen). Verjährte Forderungen eignen sich wegen § 222 BGB. nicht zur Grundlage des Zurückbehaltungsrechts (anders OLG. Hamburg OLGR. 6, 9); auch nicht natürliche Verbindlichkeiten, weil sie nicht erfüllt zu werden brauchen. Auch jede Einrede, welche die Forderung zerstört, beseitigt das Zurückbehaltungsrecht, weil es ohne fälligen Anspruch nicht bestehen kann (Planck § 222 Anm. 3c). Anm. 8.

e) Nicht erforderlich ist, daß die Forderung, derentwegen zurückbehalten wird, eine Geldforderung ist. Immerhin muß es eine solche sein, die wenigstens in eine Geldforderung übergehen kann. Das geht aus § 1228 Abs. 2 BGB., wonach dasselbe Erfordernis auch beim Pfandrechte vorliegt (s. § 368 Anm. 7), und aus § 371 hervor, nach dem hier, wie beim Pfandrecht, das letzte Endziel des Zurückbehaltungsrechts die Befriedigung durch den Verkauf der Sache ist. Wegen eines Anspruchs auf Vorlegung einer Bilanz z. B. kann hiernach das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nur dann ausgeübt werden, wenn die Nichtbefriedigung dieses Anspruchs eine Schadensforderung begründen kann. Forderungen aus Wechseln und Orderpapieren genügen (RG. 9, 45; SeuffA. 43 Nr. 90), ebenso Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung und wegen der aufgewendeten Lagerkosten (RG. 1, 282). Anm. 9.

f) Nicht erforderlich ist aber ferner, daß die Forderung, wegen welcher zurückbehalten wird, sich auf den zurückbehaltenen Gegenstand bezieht. Konnexität ist nicht nötig. Das ist ein besonders wichtiger Unterschied vom zivilrechtlichen Zurückbehaltungsrecht (vgl. Anm. 1). Anm. 10.

In dieser Hinsicht macht § 8 Abs. 2 des Depotgesetzes eine Ausnahme: wenn der Zwischenbankier dem Hauptbankier bei Übersendung von Wertpapieren zum Zweck der Aufbewahrung,

Digitized by Google

§ 369. der Veräußerung, des Umtauschs oder des Bezugs anderer Wertpapiere mitteilt, daß die Papiere fremde seien, so steht dem Hauptbankier an den übergebenen Papieren ein (Pfand- oder) Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen zu, die mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. Ebenso beschränkt sich, wenn die Mitteilung gemacht ist, daß die Einkaufskommission für fremde Rechnung erfolgen soll, das (Pfand- und) Zurückbehaltungsrecht des Hauptbankiers auf solche Forderungen, die mit Bezug auf die angeschafften Papiere entstanden sind. Ein der Auftragserteilung gegebener Zusatz „in Kommission" ist eine genügend erkennbare Mitteilung, daß die Papiere fremde sind (Rießer, BankdepGes. 75). Auch dem ausländischen Hauptbankier muß der inländische Lokalbankier diese Mitteilung machen (Rießer 74; Lusensky § 8 Anm. 8). Ist diese Mitteilung einmal gemacht, so kann der Lokalbankier über die Papiere nur noch so verfügen, wie dies, als im Interesse seines Auftraggebers liegend, angenommen werden darf. Danach bestimmt es sich, ob der Hauptbankier redlicher Weise an die Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers glauben durfte (RG. 41, 35). Näheres unten Anm. 21 u. zu § 397 Anm. 2.

Anm. 11. b) **Gegenstände, die zurückbehalten werden können,** sind bewegliche Sachen und Wertpapiere des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, sofern er sie noch im Besitz hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins über sie verfügen kann. Ausnahmsweise brauchen es nicht Sachen des Schuldners, sondern können es auch Sachen des Gläubigers sein, soweit Abs. 1 Satz 2 zutrifft.

Anm. 12. α) Bewegliche Sachen oder Wertpapiere müssen es sein. Während Gegenstand des Pfandrechts sowohl bewegliche Sachen als auch Rechte sein können, und Gegenstand des zivilrechtlichen Zurückbehaltungsrechts jede schuldige Leistung ist, können auf Grund des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts nur bewegliche Sachen und Wertpapiere zurückbehalten werden.

Anm. 13. Über den Begriff der beweglichen Sachen und der Wertpapiere s. § 1 Anm. 38ff. Dort ist auseinandergesetzt, was bewegliche Sachen und körperliche Gegenstände sind (Geld nur, wenn es sich um Geldstücke oder körperliche Sachen handelt; am dep. irregulare. Guthaben auf Girokonto, findet ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht statt; RG. 12, 90). Geldsummen lassen sich nur zur Aufrechnung benutzen; doch gewähren hier unter Umständen die §§ 273, 320 BGB. ein Zurückbehaltungsrecht.

Anm. 14. In den Anm. 38ff. zu § 1 ist ferner auseinandergesetzt, daß Wertpapiere solche Urkunden sind, bei denen die Geltendmachung des verbrieften Rechts an das Papier geknüpft ist, und bei denen die Übertragung des Papiers die Übertragung des Rechts bedeutet. Daß sie für den Handelsverkehr bestimmt sein müssen, ist zwar hier ebenfalls nicht gesagt. Wie es aber dort aus dem Zusammenhang jener Vorschriften gefolgert worden ist, so ist es auch hier aus der Tendenz der vorliegenden Vorschriften zu folgern. Denn das Zurückbehaltungsrecht ist ein ausschließlich kaufmännisches Recht; nur einem Kaufmann soll es zustehen, nur gegen einen Kaufmann darf es geltend gemacht werden, nur wegen Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften, und nur an Sachen, die aus Anlaß von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, entsteht es. Für den Handelsverkehr bestimmt sind die Wertpapiere dann, wenn sie auf den Inhaber gestellt oder durch Indossament übertragbar sind, nicht auch dann, wenn ihre Übertragung Abtretung erfordert.

Anm. 15. Demnach gelten auch die in den Anm. 38ff. zu § 1 aufgezählten Beispiele: geeignete Gegenstände des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sind Aktien, sie mögen auf den Inhaber oder auf den Namen gestellt sein; Wechsel; an Order gestellte kaufmännische Verpflichtungsscheine; die unechten Inhaberpapiere des § 807 BGB. (Eßmarken, Eintrittbillets usw.; Exk. zu § 365 Anm. 9; RG. 16, 169; 20, 135). Dagegen sind nicht geeignete Gegenstände des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts: Forderungen, über die gewöhnliche, nicht indossable Schuldscheine ausgestellt sind (ROHG. 9, 243; 18, 18); Erneuerungs-

Digitized by Google

scheine (Talons; RG. 3, 154; ROHG. 10, 317); Hypotheken und Hypothekenurkunden sowie Sparkassenbücher (Gruch. 49, 365; RG. 20, 135; Exk. zu § 365 Anm. 10); Grundschulden und Grundschuldurkunden (RG. 15, 59); Lebens- und Feuerversicherungspolicen (RG. 20, 133; 29, 29; 51, 86; gegen ROHG. 9, 242); alle diese Urkunden sind nicht selbständige Träger eines Rechts u. lassen keine Verwertung zu, wie sie das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht verlangt. Abgesehen vom Hypothekenbrief, dessen Verpfändung weder für den Brief noch für die Hypothekenforderung Folgen hat und auch die vertragsmäßige Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts nicht zuläßt (vgl. §§ 1154, 1274 BGB.; vgl. JW. 04, 555[15]), kann an den anderen Urkunden, selbst an bloßen Legitimationsurkunden vertragsmäßig ein nur obligatorisch wirksames Zurückbehaltungsrecht in dem Sinn eingeräumt werden, daß es zwar nicht zu einer an sich schon nicht möglichen Zwangsverwertung führen, aber doch den Schuldner durch die Zurückbehaltung zur Leistung nötigen soll. Im Konkurs des Schuldners kann eine solche vertragsmäßige Besitzeinräumung keine Wirkung äußern (vgl. RG. 16, 169; 29, 29; 51, 87); ausgenommen, wenn gegenüber dem Rückforderungsanspruch die Einrede der Arglist erhoben werden könnte (RG. 22, 218: der Besitzer einer Police hatte die zur Aufrechterhaltung der Versicherung nötigen Prämienzahlungen vorgeschossen; der Eigentümer kann die Rückgabe nur gegen Ersatz der empfangenen wirtschaftlichen Werte verlangen). § 369.

Nicht zurückbehaltungsfähig im Sinne unseres Paragraphen sind ferner *Gesellschaftsanteile*, auch nicht Anteile einer Gesellschaft m. b. H., selbst wenn über sie Anteilscheine ausgestellt sind; ferner nicht Urheberrechte, auch nicht ein *Vermögensinbegriff* (ganzes Vermögen, Handelsgeschäft, Verlassenschaft). Hier können die einzelnen Gegenstände zur kaufmännischen Zurückbehaltung geeignet sein; unter Umständen können auch alle dazu geeignet sein, so z. B. ein ganzes Warenlager, eine Bibliothek; alsdann kann auch die betreffende ganze Sachgesamtheit zurückbehalten werden. Aber ein Vermögensinbegriff als solcher (etwa ein Geschäft mit Aktiven und Passiven) kann nicht kaufmännisch zurückbehalten werden. Soll an einem bestimmten *Teil einer Sachgesamtheit* ein Zurückbehaltungsrecht bestellt werden, so müssen die einzelnen Gegenstände in den Besitz des Gläubigers übergehen. Befindet sich ein Dritter, z. B. ein Lagerhalter oder Spediteur, im Besitz, so ist die Abtretung des Herausgabeanspruchs an einem nach Gewicht oder Menge bestimmten Teil (§§ 929, 931 BGB.) nicht ausreichend. Es muß vielmehr der Dritte durch den Eigentümer von dieser Abtretung benachrichtigt und der zurückzuhaltende Teil aus der Sachgesamtheit ausgeschieden oder sonst kenntlich gemacht werden. Erst dann kann der Dritte den auf bestimmte Gegenstände gerichteten Willen haben, sie für einen andern als den Eigentümer in Gewahrsam zu halten (RG. 52, 395).

Über Dispositionspapiere (Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine) insbesondere Anm. 16. s. unten Anm. 28 u. 29.

Nicht ausgeschlossen von den Wertpapieren sind hier solche, die nur mit Zustimmung des Verpflichteten, insbesondere der Gesellschaftsorgane der verpflichteten Gesellschaft übertragen werden können; Aktien, die nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar sind (a. M. 6./7. Aufl.). An einem unübertragbaren Rechte kann allerdings ein Pfandrecht nicht bestellt werden (§ 1274 Abs. 2 BGB.). Als solche unübertragbare Rechte sind z. B. anerkannt: das Pfandrecht an einer beweglichen Sache ohne die Forderung (§ 1250 Abs. 1 Satz 2 BGB.), die Hypothek ohne die Forderung und umgekehrt (§ 1153 Abs. 2 BGB.). Von einer Unübertragbarkeit in diesem Sinne oder in dem Sinne, daß die notwendige Einwilligung der Gesellschaft die Unübertragbarkeit ohne weiteres mit sich bringe, kann hier nicht die Rede sein. Auch vinkulierte Namensaktien bleiben für den Handelsverkehr bestimmte Wertpapiere; daher läßt sich der in § 1274 Abs. 2 BGB. aufgestellte Grundsatz hier nicht verwerten (RG. 36, 39; 37, 139; vgl. § 1 Anm. 40; so auch Dernburg III § 283 1b Fußnote 6). Zum Wesen des Pfandrechts sowohl als des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts gehört die Verkaufsmöglichkeit; hieran

Digitized by Google

§ 369. fehlt es den gedachten Papieren nicht, wenn auch die Veräußerung unter Umständen auf Schwierigkeiten stoßen kann.

Anm. 17. Jedoch sind vom Zurückbehaltungsrecht solche bewegliche Sachen ausgeschlossen, die unter einem gesetzlichen Veräußerungsverbot stehen (§ 134 BGB.). Stehen sie unter einem gesetzlichen Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, oder unter einem gerichtlichen oder sonstigen behördlichen Veräußerungsverbot, so ist die Zurückbehaltung zwar möglich, ist aber jenen Personen gegenüber unwirksam (§§ 135 u. 136 BGB.; vgl. § 366 Anm. 66). Gutgläubigkeit des Zurückbehaltenden erweitert hier Rechte nicht, da der Schutz gutgläubigen Erwerbes sich auf das Zurückbehaltungsrecht überhaupt nicht erstreckt (unten Anm. 19).

Anm. 18. β) Des Schuldners Sachen müssen es sein, wenigstens regelmäßig; in Ausnahmefällen können es auch Sachen des Gläubigers sein.

Regelmäßig müssen es also Sachen des Schuldners sein. Daraus folgt einmal: es müssen Vermögenswerte schon in der Hand des Schuldners sein. Ein eigenes Akzept, das der Schuldner als Erfüllung anbietet, ist daher kein geeigneter Gegenstand (vgl. unten Anm. 43 u. 48). Ebenso nicht Verpflichtungsscheine (Obligationen, Prioritätsobligationen), die einem Bankier übergeben worden sind, damit er darauf die Valuta zahle. Vor Zahlung der Valuta sind sie wertlos. Der Bankier kann an dem Papier kein Zurückbehaltungsrecht ausüben. Hat der Bankier die Obligationen aber (widerrechtlich) begeben, so ist das Papier zum Verkehrspapier geworden und damit zur Zurückbehaltung gegenüber dem Indossatar geeignet (§ 364 Anm. 7).

Anm. 19. Sodann aber: fremde Sachen kann der Gläubiger nicht zurückbehalten. Deshalb hat der Frachtführer an Waren, die er zum Transport und zur Ablieferung an den Käufer vom Verkäufer übergeben erhalten hat, wegen Gegenforderungen an den Absender dann kein Zurückbehaltungsrecht, wenn die Ware dem Käufer bereits gehört, von ihm vielleicht am Wohnsitze des Verkäufers bereits übernommen worden ist (vgl. RG. 2, 1). Sachen der Ehefrau dürfen nicht wegen Schulden des Ehemannes zurückbehalten werden. Der Eigentümer kann daher in solchen Fällen die Sachen zurückfordern, auch wenn er seine Einwilligung in die Verpfändung (oder sonstige Übergabe an den Gläubiger) gegeben hatte; in solcher Einwilligung liegt nicht die Zustimmung zur Zurückbehaltung (RG. 13, 130).

Anm. 20. Auch guter Glaube verbessert die Rechtsstellung des Gläubigers hier nicht. Gehört die Sache einem Fremden, so kann das Zurückbehaltungsrecht auch dann nicht ausgeübt werden, wenn der Gläubiger ohne Fahrlässigkeit annahm, der Schuldner sei Eigentümer. Der Schutz gutgläubigen Erwerbes auf Grund der §§ 932 ff. BGB. und des § 366 HGB. bezieht sich auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nicht und kann auch nicht entsprechend darauf ausgedehnt werden (RG. 3, 154; 13, 130; ROHG. 15, 422; 18, 21).

Anm. 21. Deshalb ist es auch für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gleichgültig, ob der Zwischenbankier dem Hauptbankier die in § 8 Abs. 1 Satz 1 des Bankdepotgesetzes vorgesehene Mitteilung, daß die ihm übergebenen Papiere fremde seien, macht oder nicht. Ein Zurückbehaltungsrecht an diesen entsteht für den Zentralbankier in keinem Falle, wenn die Papiere dem Kunden des Zwischenbankiers gehören. (Dies gegen Lusensky, Depotgesetz § 8 S. 88/89, dessen gegenteilige Darstellung irrig ist; richtig Rießer, Bankdepotgesetz 77 Fußnote 3.) Inwieweit die Mitteilung des Zwischenbankiers, daß die Einkaufskommission für fremde Rechnung erfolge (§ 8 Abs. 1 Satz 2 des Depotgesetzes), auf das Zurückbehaltungsrecht von Einfluß ist; darüber s. oben Anm. 10.

Anm. 22. Selbstverständlich handelt es sich nur darum, wer im Augenblicke des Entstehens des Zurückbehaltungsrechts Eigentümer der Sache war. Entstanden ist das Zurückbehaltungsrecht nicht erst im Zeitpunkt seiner Geltendmachung, sondern sobald die gesetzlichen Voraussetzungen seiner Geltendmachnng vorliegen (RG. in SeuffA. 55 Nr. 22; RG. 49, 82; OLG. Kiel OLGR. 11, 409). War es der Schuldner

Digitized by Google

in diesem Augenblicke, so hebt ein späterer Eigentumswechsel das Zurückbehaltungsrecht nicht auf (ROHG. 24, 345; näheres hierüber unten Anm. 32 u. 65). Der § 372 hat eine ganz andere Bedeutung. § 369.

Ausnahmsweise sind zur kaufmännischen Zurückbehaltung geeignet auch Sachen, die nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger gehören, nämlich wenn das Eigentum am Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist. Als Beispiel erwähnt D. 211 den Fall, daß der Käufer die ihm zugesandte Ware bemängelt und dem Verkäufer zur Verfügung stellt. Hier würde der Käufer, meint D., die Ware wegen seiner Forderung nicht zurückbehalten können, weil sie nicht mehr im Eigentum des Verkäufers, also des Zurückbehaltungsschuldners steht. Für das neue Recht ist aber das Beispiel schlecht gewählt, und die Rücksicht auf diesen Fall hätte die Schaffung der Sondervorschrift nicht gerechtfertigt. Denn nach dem neuen Recht überträgt die Übergabe nur dann Eigentum auf den Käufer, wenn beide Teile darüber einig sind, daß der Käufer Eigentümer werden soll. Diese Einigung ist aber beim Gattungskaufe wenigstens nicht vorhanden, wenn der Käufer die Ware rechtzeitig prüft und dem Verkäufer zur Verfügung stellt (§ 366 Anm. 7). Sie ist also in solchem Falle Eigentum des Verkäufers geblieben und ihrer kaufmännischen Zurückbehaltung durch den Käufer steht schon nach der gesetzlichen Regel nichts entgegen (RG. 12, 81; 18, 161; 43, 39). Ein anderes, schon eher zutreffendes Beispiel der D. ist der Fall, in dem nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung der Käufer verpflichtet ist, die Ware auf den Verkäufer zurückzuübertragen. Der Käufer ist vielleicht wegen Irrtums oder Täuschung vom Kauf zurückgetreten, nachdem die Übergabe bewirkt ist, in diesem Fall ist der Käufer Eigentümer geworden, muß aber infolge der Anfechtung das Eigentum zurückübertragen (§ 812 BGB.). Indessen wird auch hier oft der Eigentumsübergang selbst durch die Anfechtung ergriffen werden, wenn, was meist der Fall sein wird, der die Anfechtung erzeugende Umstand auch die zur „Einigung" erforderliche Willenserklärung beeinflußt hat. Weiter aber — und dieses Beispiel erwähnt D. nicht — gehören hierher die Fälle, in denen ein beweglicher Gegenstand oder ein Wertpapier zum Zwecke der Sicherung auf den Gläubiger zum Eigentum übertragen ist (vgl. § 368 Anm. 94ff.). Nach erledigtem Sicherungszwecke kann solcher Gegenstand vom Gläubiger kaufmänisch zurückbehalten werden (vgl. z. B. unten Anm. 28 u. 29 bei den Dispositionspapieren). Anm. 23.

Weitere Ausnahmen aber sind nicht gestattet. Das Gesetz sagt ganz klar, daß regelmäßig nur Sachen des Schuldners zurückbehalten werden dürfen, und nur in ganz bestimmten Ausnahmefällen ist eine Sache des Gläubigers, die dieser obligatorisch verpflichtet ist, auf den Schuldner zu übertragen, der Zurückbehaltung fähig. Wenn es auch richtig ist, daß diese Ausnahmen nur deshalb gemacht sind, weil in diesen Fällen „der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts auf einem wesentlich äußeren Grunde beruht und sachlich nicht gerechtfertigt erscheint", so ist es gleichwohl nicht statthaft, das Zurückbehaltungsrecht auch sonst in allen Fällen zuzulassen, in denen der Ausschluß der Zurückbehaltung sachlich nicht gerechtfertigt erscheint. So frei darf man sich über klare Gesetzesworte nicht hinwegsetzen. Das wäre nicht mehr Auslegung des Gesetzes (dies gegen Dernburg III § 283 1b Fußnote 5). Infolgedessen kann jetzt, wie schon früher, eine Ware, die der Käufer bereits bezahlt hat, ihm aber noch nicht übergeben worden ist, wegen Ansprüchen an den Käufer aus anderen Handelsgeschäften nicht zurückbehalten werden (ROHG. 19, 57). Doch ist hier eine Einschränkung hinzuzufügen. Hat der Schuldner den Gläubiger zu der Annahme, er (der Schuldner) sei Eigentümer der Sachen, verleitet, so steht seinem Rückforderungsanspruch die Einrede der Arglist entgegen; dazu gehört aber ein arglistiges Handeln, z. B. das fälschliche Vorgeben des Eigentums, um den Gläubiger zur Eingehung des Geschäfts zu veranlassen; Gutgläubigkeit des Gläubigers genügt nicht (ROHG. 18, 22; JW. 89, 289[21]; KG. im Recht 04, 227[1106]; vgl. JW. 04, 89[7]). Anm. 24.

Digitized by Google

§ 369. Anm. 25.

γ) Mit dem Willen des Schuldners müssen die Sachen in den Besitz des Gläubigers gelangt sein. Daher ist das Zurückbehaltungsrecht an Sachen ausgeschlossen, die der Gläubiger an sich genommen, oder die ihm ohne Zustimmung des Schuldners von einem dritten übergeben worden sind (ROHG. 19, 372). Der Wille des Schuldners darf, wenn vorhanden, nicht rechtlich nichtig sein. Anfechtbarkeit schadet aber nicht, wenn die Anfechtung nicht wirklich erfolgt. So, wenn die Willenserklärung durch Irrtum, Betrug, Drohung beeinflußt worden ist. Es muß hier überall dasselbe gelten, wie bei der Frage, ob eine Sache als abhanden gekommen zu betrachten ist. Denn abhanden gekommen ist eine Sache, wenn der Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verloren hat (§ 366 Anm. 46). Es ist gerade nicht notwendig, daß der Schuldner den besondern Akt der Besitzergreifung kannte. Es genügt, wenn er seine allgemeine Zustimmung dazu erklärt hat, daß der unmittelbare Empfänger seine Sache weiter begebe (RG. 9, 48). Auch der nach dem früheren Ar. 344, jetzt nach allgemeinen Grundsätzen zu unterstellende Wille des Käufers, der Verkäufer solle an seiner Stelle die Transportperson wählen und beauftragen, genügt. Diese Zustimmung ist auch vorhanden, wenn der Verkäufer dem vom Kauf mit Recht zurückgetretenen Käufer die Ware als Versuch zu nachträglicher Erfüllung übersendet (ROHG. 19, 372; 1, 282; 26, 58).

Anm. 26.

δ) Auf Grund von Handelsgeschäften muß der Gläubiger Besitzer geworden sein, d. h. aus Veranlassung von Handelsgeschäften (ROHG. 19, 372; RG. 26, 58). Wann ein Handelsgeschäft vorliegt, bestimmt sich nach §§ 343 u. 344. Es kann auch ein einseitiges sein (ROHG. 6, 197). Es genügt also, wenn das Geschäft zwischen Gläubiger und Schuldner unmittelbar abgeschlossen wurde, daß auf einer von beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt. Es braucht aber das Geschäft, wenn nur die Besitzerlangung mit dem Willen des Schuldners geschieht, nicht mit diesem unmittelbar abgeschlossen zu sein (Hahn § 11 zu Art. 343). Alsdann muß auf seitens des Gläubigers ein Handelsgeschäft vorliegen. Als Handelsgeschäft ist nicht etwa nur ein Vertrag aufzufassen. Auch einseitige Rechtshandlungen, wie Übersendung von Ware als Kaufofferte, gehören dazu, sofern nur ein Handelsgeschäft vorliegt und in Veranlassung davon die Sache in Besitz des Gläubigers gelangte (ROHG. 7, 213; 10, 236; RG. in Holdheim 14, 26; anders OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1580). Am häufigsten aber sind eigentliche Verträge; Kauf, Verpfändung (die zum Pfand gegebene Sache ist nach Erlöschen des Pfandrechts geeigneter Gegenstand der Zurückbehaltung; ROHG. 2, 80; 17, 293; Bolze 10 Nr. 128b; RG. 13, 127), Verwahrung, Werkverdingung, Miete, Leihe, Verkaufsmandat, Frachtvertrag, Spedition.

Anm. 27.

ε) In den Besitz des Gläubigers müssen sie gelangt sein und sich noch in seinem Besitze befinden. Mittelbarer Besitz genügt. Es genügt also, wenn ein anderer für den Gläubiger die Pfandsache auf Grund eines Verhältnisses besitzt, vermöge dessen er dem Gläubiger gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist (§ 868 BGB.). Der Gläubiger kann also z. B. auch dann zurückbehalten, wenn er die Sache anderweit hinterlegt oder dem Frachtführer zur Absendung an den Schuldner übergeben hat. Selbst dann, wenn der andere ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht für sich geltend macht, liegt die Voraussetzung vor. Denn auch in diesem Falle liegt mittelbarer Besitz des Gläubigers vor (§ 868 BGB.; nach früherem Recht OLG. Dresden in ZHR. 40, 495). Nur darf der Schuldner nicht selbst der mittelbare Besitzer für den Gläubiger sein (Dernburg III § 283 1b). Bei Teilen einer Sachgesamtheit muß es sich auch um individuell bestimmte Teile handeln (oben Anm. 15).

Anm. 28.

Im Besitze der Sache ist der Gläubiger hiernach und nach der ausdrücklichen Vorschrift des Abs. 1 unseres Paragraphen auch dann, wenn er mittels Dispositionspapiers (Konnossements, Ladescheins, Lagerscheins) darüber verfügen kann. Diese Papiere müssen in seinem Besitz, ihm schon ausgehändigt sein (RG. 13, 120). Im Besitze ist er in solchem Falle dann, wenn das Dispositionspapier auf ihn lautet, sei es, daß er Adressat des Papiers

Digitized by Google

oder Indossatar ist. In solchem Falle kann es nämlich vorkommen, daß der Gläubiger, § 369.
obgleich er solchergestalt nach außen der allein Berechtigte ist, dennoch in Wahrheit kein Recht an der Sache hat (RG. 4, 147). Das Papier ist vielleicht nur deshalb auf seinen Namen geschrieben worden, damit er die Sache im eigenen Namen, aber für Rechnung des wahren Eigentümers veräußere, und die Veräußerung ist nicht gelungen oder der Veräußerungsauftrag ist widerrufen. Oder die Ware ist ihm durch Indossierung des Dispositionspapiers verpfändet worden. Oder sie ist ihm zu Eigentum übertragen worden, aber nur zur Sicherheit, und die zu sichernde Forderung ist getilgt; oder der Gläubiger hat die Ware gekauft und durch Dispositionspapiere übergeben erhalten, der Kauf ist aber rückgängig gemacht worden. In Fällen der letzteren Art ist die Ware sein Eigentum, aber er ist verpflichtet, das Eigentum der Ware auf den Schuldner zurückzuübertragen, und der Fall des Abs. 1 Satz 2 unseres Paragraphen liegt vor. In allen gedachten Fällen gibt der vorliegende Paragraph dem Gläubiger, der *in der Lage* ist, über die Ware zu verfügen, *das Recht*, über sie als Zurückbehaltungsberechtigter zu verfügen und nach außen bestehende Verfügungsgewalt zur Wahrung seiner Interessen auszunutzen (ein ähnliches Verhältnis wie beim gesetzlichen Pfandrechte an solchen Waren des Schuldners, über welche der Gläubiger auf seinen Namen gestellte Dispositionspapiere in seinen Händen hat, vgl. § 368 Anm. 76).

Verschieden von diesen Fällen ist der Fall, in dem sich in den Händen des Gläubigers Anm. 29.
ein Dispositionspapier befindet, das nicht auf den Gläubiger lautet, sondern nach seinem Inhalt dem Schuldner die Verfügungsberechtigung über die Ware gibt. Auch an solchem Dispositionspapier, wenn es nur im übrigen als Wertpapier im Sinne unseres Paragraphen zu betrachten ist, also insbesondere, wenn es an Order lautet, erwirbt der Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht. Aber es ist dies nur ein Zurückbehaltungsrecht am Papier oder vielmehr an dem Rechte auf Auslieferung des Guts; dadurch entsteht nicht ein unmittelbares Zurückbehaltungsrecht am Gute. Denn letzteres entsteht ja nur dann, wenn der Gläubiger im Besitz der Ware ist; hier also, wenn das Dispositionspapier auf seinen Namen lautet, und das ist ja hier gerade nicht der Fall. Wie in solchem Falle kein gesetzliches *Pfandrecht* am Gute selbst entsteht (§ 368 Anm. 91), so entsteht in solchem Falle auch kein kaufmännisches *Zurückbehaltungsrecht* am Gute selbst. Demgemäß stellt sich hier auch die Realisierung des Zurückbehaltungsrechtes wesentlich anders, als in dem Falle, in dem das Zurückbehaltungsrecht das durch Dispositionspapier verbriefte Gut selbst ergreift (hierüber § 366 Anm. 59, § 371 Anm. 24).

Eine Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, besteht übrigens auch dann, wenn ein Anm. 30.
entgegenstehendes Hindernis nur durch gerichtliches Einschreiten beseitigt werden kann (ROHG. 14, 112) oder die Veräußerung von behördlicher Genehmigung abhängt.

2. (Abs. 2.) **Das Verhältnis des Zurückbehaltungsrechts zu den Rechten Dritter.** Das einmal Anm. 31.
entstandene Zurückbehaltungsrecht geht dadurch nicht unter, daß der Schuldner nachträglich aufhört, Eigentümer zu sein (oben Anm. 22). Allerdings, wenn gleichzeitig der Gläubiger aufhört, Besitzer zu sein, so geht durch den gutgläubigen Erwerb des Eigentums mittels Übergabe oder bei hinzukommender Übergabe das Zurückbehaltungsrecht verloren, so z. B., wenn der Gläubiger die Sache einem Frachtführer übergeben und dieser die Ware einem dritten gutgläubigen Erwerber verkauft und übergeben hat (hierüber § 366 Anm. 41).

Wenn aber die Voraussetzungen des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes nicht vorliegen, Anm. 32.
wenn also das Eigentum wechselt und der Zurückbehaltungsberechtigte im Besitze bleibt, was nach § 931 BGB. vorkommen kann, oder wenn, was ebenfalls zulässig ist, das Pfandrecht an den zurückbehaltenen Gegenständen in dieser Weise einem Fremden eingeräumt wird, so bestimmt der Abs. 2 unseres Paragraphen zum Schutze des Zurückbehaltungsberechtigten, daß dem Dritten gegenüber das Zurückbehaltungsrecht insoweit zusteht, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können. Das bedeutet (D. 212): überträgt der Schuldner sein Eigentum einem

Digitized by Google

§ 369. Dritten durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, so kann der Besitzer der Sache dem neuen Eigentümer nach § 986 Abs. 2 BGB. die Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Hier also kann der zurückbehaltungsberechtigte Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht auch dem neuen Eigentümer gegenüber, der ohne Beeinträchtigung seines Besitzes das Eigentum erworben hat, entgegensetzen. Ohne weiteres dehnt dies die Denkschrift auf den Fall aus, in dem ein Dritter nachträglich den Nießbrauch oder ein Pfandrecht an der Sache durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe erwirbt, was nach §§ 1032, 1205 Abs. 2 BGB. zulässig ist. Ausdrücklich ist diese Ausdehnung im § 986 Abs. 2 BGB. allerdings nicht enthalten; vielmehr sind dort die Einwendungen gegen den Dritten, der nachträglich ein Recht auf die Sache erwirbt, dem Besitzer nur im Falle des Eigentumswechsels gegeben. Allein die Ausdehnung auf die Fälle, daß nachträglich ein Nießbrauch oder Pfandrecht an der Sache bestellt wird, ist in der Tat zutreffend (vgl. Biermann Anm. 1 zu § 1227 BGB.; Gierke, Fahrnisbesitz Nr. 44). Frühere Lasten, die an der Sache hafteten, bleiben natürlich bestehen. Guter Glaube beim Erwerb des Zurückbehaltungsrechtes hilft hier nichts (oben Anm. 20). Auch ein Pfandgläubiger, der an der Pfandsache zugleich für eine Forderung ein Zurückbehaltungsrecht hat, ist durch die Vorschriften des § 1249 Abs. 2 und des § 268 Abs. 3 Satz 2 BGB. dagegen geschützt, daß dieses Recht durch Einlösung des Pfandes von seiten eines Rechtsnachfolgers des Schuldners beeinträchtigt werde (D. 211). Es ist dies derselbe Grundsatz wie in § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. (hierüber § 349 Anm. 42).

Anm. 33. Nicht in derselben Weise ist der Zurückbehaltungsberechtigte gegenüber späteren gesetzlichen Pfand- und Zurückbehaltungsrechten geschützt. Die 6./7. Auflage hat das Umgekehrte auf Grund der §§ 1257, 986 Abs. 2 BGB. angenommen. Schon unter der Herrschaft des alten Rechts hatte die Rechtsprechung angenommen, daß weder aus Art. 315 noch aus Art. 313 alten HGB. noch aus den Bedürfnissen des Handelsverkehrs ein dinglicher Charakter des Zurückbehaltungsrechts herzuleiten sei (ROHG. 6, 298; 10, 70; RG. 8, 83; 14, 153). Auf denselben Standpunkt stellte sich auch überwiegend die Literatur (Laband, ZHR. 9, 485 u. 498; Goldschmidt, Handb. I § 98 Anm. 13, 86). Nach D. 211 und nach der Reichstagsvorlage S. 212 sollte die bisherige Streitfrage durch den Abs. 2 unseres § 369 in obigem Sinne entschieden werden. Somit kann ein Zweifel daran, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht keine dingliche, sondern nur obligatorische Wirkung nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers haben soll, nicht bestehen (RG. 49, 82; Dernburg III § 283, 4; Cosack § 31 II; Düringer-Hachenburg II, 569). Hieraus folgt, daß die später entstandenen gesetzlichen Pfand- und Zurückbehaltungsrechte des Spediteurs, Frachtführers usw. jedem älteren kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht vorgehen.

Anm. 34. Wenn also der Verkäufer die bereits in das Eigentum des Käufers übergegangene Ware diesem durch einen Spediteur oder Frachtführer zugehen läßt, so kann der Verkäufer, dem gegen den Käufer wegen anderweiter Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, nicht den Vorrang vor dem gesetzlichen Pfandrecht des Spediteurs usw. beanspruchen (s. ROHG. 24, 347 und D. 212).

Anm. 35. Ist über die Ware ein Lagerschein, ein Konnossement oder Ladeschein ausgestellt, so würde (nach D. 212) die Anerkennung des dinglichen Charakters des Zurückbehaltungsrechts zu ungeeigneten Ergebnissen führen. Es würde alsdann nämlich das Zurückbehaltungsrecht wegen jeder gegen einen Zwischenbesitzer des Papiers für den Auslieferungspflichtigen begründeten Forderung auf der Ware haften. Das Zurückbehaltungsrecht könnte alsdann, sofern nicht das Zurückbehaltungsrecht durch gutgläubigen Erwerb des Papiers erloschen ist, auch gegenüber dem legitimierten Besitzer des Papiers geltend gemacht werden, und zwar im Widerspruch mit § 364 Abs. 2, nach dem die nicht aus dem Inhalt der Urkunde sich ergebenden Einwendungen dem legitimierten Besitzer des Papiers nicht entgegengesetzt werden können (§ 364 Anm. 7). Anders natürlich bei zwölfrechtlichem Erwerb des Dispositionspapiers (hierüber § 364 Anm. 13).

Digitized by Google

Im Konkurse des Schuldners kommt das Zurückbehaltungsrecht zur Geltung (vgl. darüber unten in Anm. 57), gegenüber anderen Gläubigern, welche die zurückbehaltene Ware pfänden, kommt es ebenfalls zur Geltung (vgl. unten Anm. 58). § 369. Anm. 36.

Das Verfolgungsrecht des § 44 KO., selbst wenn es später entstanden ist, geht dem älteren Zurückbehaltungsrecht gleichfalls vor (ROHG. 10, 70; 24, 345; RG. 8, 81); dies ergibt sich ebenfalls aus § 369 Abs. 2 (D. 213) in Verbindung mit dem Umstand, daß nach Geltendmachung des Verfolgungsrechts die Sachlage sich so gestaltet, als ob der verfolgende Eigentümer das Eigentum nie verloren hätte (RG. 8, 83). Anm. 37.

Wie aber, wenn dem Gläubiger die Sache heimlich oder gewaltsam entwendet wird? Hat er da ein Recht, die Herausgabe der Sache zu verlangen, oder geht das Zurückbehaltungsrecht dadurch unter? Ist man mit anderen Worten berechtigt, wie beim Nießbrauch und beim Pfandrecht gemäß §§ 1065 und 1227 BGB., bei Beeinträchtigungen des Zurückbehaltungsrechts die Vorschriften über das Eigentum zur entsprechenden Anwendung zu bringen? Man wäre dazu berechtigt, wenn man das Zurückbehaltungsrecht als dingliches Recht betrachten könnte. Daß eine solche Betrachtungsweise ausgeschlossen ist, wurde oben Anm. 33 dargelegt. Der unfreiwillige Besitzverlust bringt somit auch das Zurückbehaltungsrecht zum Erlöschen. Erlangt der Gläubiger aber wieder den Besitz, der bei andern Sachen als Geld und Inhaberpapieren selbst dem gutgläubigen Besitzer gegenüber nach § 1007 BGB. durchgesetzt werden kann, so lebt das erloschene Zurückbehaltungsrecht wieder auf (Cosack § 31 V). Anm. 38.

3. (Abs. 3.) **Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung der Anweisung oder der Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreiten würde.** Man kann dies als das negative Erfordernis des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts bezeichnen. Anm. 39.

a) Die **Anweisung** geht von dem Schuldner aus, muß aber, um das Zurückbehaltungsrecht auszuschließen, vor oder bei der Übergabe erteilt sein. Einseitige Anweisungen nach der Übergabe sind einflußlos.

Die **Verpflichtung** aber kann auch nach der Übergabe übernommen sein. Einseitig von ihr abzugehen, ist dem Gläubiger verwehrt. Anders, wenn der Schuldner nach Übernahme der Verpflichtung und vor Übergabe der Sache an den Gläubiger unsicher wird (SeuffA. 40, 22).

b) Welchen Inhalt muß die Anweisung bzw. die Verpflichtung haben, um das Zurückbehaltungsrecht auszuschließen? Um sich diesen Inhalt klar zu machen, muß zunächst darauf hingewiesen werden, daß schon im Abs. 1 unseres Paragraphen ein obligatorisches Verhältnis vorausgesetzt wird, kraft dessen der Gläubiger eine Sache zwar mit dem Willen des Eigentümers besitzt, doch so, daß der Gläubiger nach erledigtem Besitzrecht zur Herausgabe an den Eigentümer oder auf seine Anweisung an einen Dritten verpflichtet ist. Man mag die Sache auf Grund einer Verpfändung, eines Mietsvertrages, eines Leihvertrages, einer nicht zum Abschluß gelangten Verkaufsverhandlung, eines rückgängig gewordenen Kaufs erhalten haben, immer besteht ein obligatorisches Verhältnis der gedachten Art. Im Grunde genommen liegt daher in jeder Besitzerlangung nach Abs. 1 die Anweisung und die Verpflichtung, die Sache nach erledigtem eigenen Besitzrecht an den Eigentümer oder auf seine Anweisung an einen andern herauszugeben. Bedeutet doch „zurückbehalten" begrifflich nichts anderes als: zurückbehalten dessen, was man eigentlich zurückgeben müßte. Daraus folgt, daß Abs. 3 die in dem jedesmaligen Obligationsverhältnis liegende Anweisung und Verpflichtung zur Herausgabe nicht im Auge haben kann, sondern etwas anderes zum Gegenstande haben muß. Sonst würde ja das Zurückbehaltungsrecht des Abs. 1 durch Abs. 3 wieder aufgehoben sein und niemals Platz greifen. Cosack (§ 31 I 5) will dem Abs. 3 dadurch Inhalt geben, daß er das Zurückbehaltungsrecht des Abs. 1 nur auf den Fall bezieht, in dem der Schuldner gerade im Hinblick auf den ihm gewährten oder noch zu gewährenden Kredit absichtlich Sachen in den Besitz des Gläubigers gelangen läßt; wenn er also dem Anm. 40.

Digitized by Google

§ 369. Gläubiger nicht geradezu ein Pfand bestellen, aber doch eine Sicherheit gewähren will. Im Gesetze ist es nicht begründet, das Zurückbehaltungsrecht in dieser Weise so eng zu umgrenzen, auch wäre es dann von der Pfandbestellung kaum zu unterscheiden. Gegen Cosack Dernburg III § 283 1c. Soll Abs. 3 Sinn und Inhalt haben, so kann er nur dahin verstanden werden, daß das Zurückbehaltungsrecht dann nicht Platz greift, wenn nicht nur eine Rückgabepflicht besteht, die sich aus der Natur des die Besitzerlangung begleitenden Vertragsverhältnisses ergibt, sondern wenn außerdem noch besonders vorgeschrieben oder vereinbart ist, in einer bestimmten Weise, d. h. in einer von dem Schuldner oder von beiden Parteien bestimmten Weise mit der Sache zu verfahren (vgl. ROHG. 19, 369; 12, 29; zust. Gruch. 45, 1056).

Anm. 41. Diese Auslegung stimmt mit Wortlaut und Zweck des Gesetzes überein. Die „vor oder bei der Übergabe erteilte Anweisung", die „von dem Gläubiger übernommene Verpflichtung", die „bestimmte" Weise, mit dem Gegenstande zu verfahren, sind Ausdrücke, welche auf eine besondere Vorschrift, Verpflichtung, Anweisung, Bestimmung hinsichtlich des Verfahrens mit der Sache hindeuten. Was aber den Grundgedanken des Gesetzes betrifft, so erscheint dieser gleichfalls getroffen. Denn in einer solchen bestimmten Vorschrift oder Verpflichtung liegt eine besondere Anweisung über den Besitz der Sache gerade für den Fall des erledigten Gläubigerbesitzes vor. Hat der Schuldner über den Besitz der Sache für diesen Fall bereits vor oder bei Übergabe der Sache besonders verfügt, oder hat der Gläubiger für diesen Fall eine bestimmte Verpflichtung besonders übernommen, so kann der Schuldner darauf rechnen, daß auch wirklich so und nicht anders mit der Sache verfahren, die Sache also von dem Gläubiger nicht zur Deckung benutzt oder bis zur Befriedigung ihm vorenthalten werde. Auf Beachtung einer solchen besonderen Vorschrift oder Verpflichtung kann der Schuldner rechnen, kann daher über den Gegenstand anderweit verfügen. Der Gläubiger ist dann nicht berechtigt, seine Anordnungen durch ein Zurückbehaltungsrecht zu durchkreuzen, das ihm nur ohne diese besondere Anweisung oder Verpflichtung an der Sache zugestanden hätte (zust. JW. 00, 756[26]; RG. 13, 127; 19, 374; Gruch. 45, 1056).

Hieraus ergibt sich die Lösung der Einzelfragen.

Anm. 42. **c) Praktische Einzelfragen.**

α) Kauf auf Probe. Aus seinem Abschluß folgt allerdings die gesetzliche Verpflichtung zur Herausgabe, wenn die Ware nicht gefällt. Aber diese Verpflichtung allein reicht zum Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts nicht aus (anders Makower § 369 VII d). Es muß vielmehr die bestimmte Anweisung oder Verpflichtung hinzutreten, die Ware zurückzusenden (zust. Hahn II zu Art. 313).

Anm. 43. β) Sachen, die dem Gläubiger als Erfüllungsangebot zugesendet werden, dürfen von ihm zurückbehalten werden, wenn der Vertrag nicht zustande kommt (RG. 26, 60), — es sei denn, daß eine besondere Vorschrift, im Falle der Nichtannahme die Ware zurück- oder einem andern herauszugeben, hinzutritt. Das gilt auch von Wechseln, die als Zahlung angeboten werden. Verpfändet z. B. ein Kaufmann Blankoakzepte eines Kunden ohne sie mit seiner Ausstellerunterschrift oder seinem Giro zu versehen, so ist wohl die Verpfändung nach § 1292 unwirksam; sie sind aber geeignete Gegenstände eines Zurückbehaltungsrechts (RG. im Recht 02, 155). Doch gilt dies von eigenen Akzepten des die Zahlung anbietenden Kunden nicht. Das folgt daraus, daß diese nicht Vermögenswerte in der Hand des Schuldners sind (s. oben Anm. 18). — Vgl. OG. Wien bei Czellchowsky, Wechselrechtliche Entscheidungen Nr. 89. — Sachen, die unbestellt zugesandt werden, um zum Kaufe anzuregen, fallen in dieselbe Kategorie (oben Anm. 26).

Anm. 44. γ) Soweit zur Verfügung gestellte Ware überhaupt zur Zurückbehaltung benutzt werden kann (oben Anm. 23), wird dieses Recht erst durch eine besondere, bei der Übersendung erlassene Vorschrift, mit der Ware im Falle der Zurverfügungsstellung in einer bestimmten Weise zu verfahren, aufgehoben, oder durch eine diesbezüglich übernommene besondere Verpflichtung.

Digitized by Google

δ) **Waren, die zur Aufbewahrung übergeben sind,** können zur Zurückbehaltung benutzt werden; die aus dem Verwahrungsvertrage folgende gesetzliche Rückgabepflicht steht nicht entgegen. Wohl aber würde die besondere Anweisung oder Verpflichtung entgegenstehen, die verwahrte Sache nach Erledigung des Verwahrungsvertrages an einen Dritten oder auch an den Hinterlegenden selbst herauszugeben (vgl. Exk. zu § 424). § 369. Anm. 45.

ε) **An Waren, die der Spediteur oder Frachtführer** in Gewahrsam erhält, damit er sie an einen bestimmten Dritten weiter versende, kann dem Kommittenten gegenüber wegen Forderungen an ihnen ein Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden (Gareis-Fuchsberger Note 286; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 270), wohl aber an Waren, die ihm zugesendet werden, damit er sie auf Lager nehme. Weitere Zurückbehaltungsfragen im Rechtsverhältnis des Spediteurs s. §§ 410—411. Nimmt der Dritte die Ware nicht an, oder widerruft der Auftraggeber den Auftrag, so kann sie nunmehr zur Zurückbehaltung benutzt werden, außer wenn auch schon für diesen Fall eine besondere Anweisung oder Verpflichtung vorlag. Anm. 46.

ζ) **Waren, die zur Ausbesserung übergeben sind,** können an sich zurückbehalten werden, es sei denn, daß eine besondere Anweisung erlassen wäre (ROHG. 12, 27). Das Gleiche gilt von Sachen, die jemandem sonst zur Bearbeitung übergeben sind, z. B. zum Färben, Appretieren (OLG. Dresden ZHR. 43, 358). Anm. 47.

η) **Waren, die jemandem zum Zweck des Verkaufs übergeben werden,** also insbesondere an den Kommissionär oder an den Agenten (§ 88 Anm. 20), dürfen zunächst nicht zurückbehalten werden. Hier hat der Schuldner über die Sache schon für den Fall des erledigten Gewahrsams anderweit verfügt (OLG. Kiel in SchleswHolstAnz. 05, 185). Anders, wenn das Verhältnis gelöst, der Verkaufsauftrag zurückgenommen ist. So kann der Kommissionär, der Agent nach beendigtem Verhältnis wegen seiner Gegenansprüche das Kommissionslager zurückbehalten (Bolze 11 Nr. 319). Nur tatsächliche Beendigung ist dabei gemeint. Das Zurückbehaltungsrecht greift daher Platz, wenn der Geschäftsherr widerrechtlich vom Vertrag zurücktritt, oder wenn er, ohne zurückzutreten, dem Agenten verbietet, weitere Geschäfte zu machen. — **Wechsel, die jemand mit dem Auftrage der Diskontierung erhält,** darf er zunächst nicht zurückbehalten (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 584), es sei denn, daß der Diskontierungsauftrag sich erledigt (vgl. jedoch oben Anm. 18). Anm. 48.

ϑ) **Waren, die ein Kaufmann als Bevollmächtigter eines Kaufmanns** für diesen von einem Frachtführer entgegennimmt, unterliegen dem Zurückbehaltungsrecht für Forderungen des Bevollmächtigten nur dann nicht, wenn die Entgegennahme auf Grund eines Dienstvertrags (ROHG. 16, 82; vgl. BayObLG. in Recht 03, 531) oder eines ähnliche Pflichten mit sich bringenden Verhältnisses stattgefunden hat. Über das Zurückbehaltungsrecht des Handlungsgehilfen und Reisenden an Sachen des Prinzipals s. § 59 Anm. 45 und des Prinzipals ebenda Anm. 47. An der **Vollmachtsurkunde** gibt es nach Erlöschen der Vollmacht kein Zurückbehaltungsrecht (§ 175 BGB.). Anm. 49.

ι) **Die Vorschrift, die Sache zur jederzeitigen Verfügung eines Dritten bereit zu halten,** kann als besondere Anweisung für genügend erachtet werden (ROHG. 19, 376; RG. 12, 91), ja sogar auch die besondere Anweisung, die Sache zur jederzeitigen Verfügung des **Schuldners** bereit zu halten, kann genügen, wenn sich im Einzelfalle dadurch der deutliche Wille kundgibt, daß der Schuldner sich damit vorbehalten wollte, über die Ware jederzeit anderweit verfügen zu können, und sie daher dem Zurückbehaltungsrecht zu entziehen (ROHG. 8, 49; JW. 94, 20[52]). Anm. 50.

κ) **Waren, die verpfändet sind,** können nach Bezahlung der Pfandschuld wegen anderweiter Ansprüche zurückbehalten werden (oben Anm. 26). Anm. 51.

4. (Abs. 4.) **Recht des Schuldners, die Zurückbehaltung abzuwenden.** Der Schuldner kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Anm. 52

Digitized by Google

§ 369. Irgendwelcher Grund zur Sicherheitsleistung in anderer Art braucht nicht vorzuliegen. Es ist nicht etwa erforderlich, daß das Pfand sich verschlechtert oder entwertet hat. Wird die anderweite Sicherheit geleistet, so erlischt damit das Zurückbehaltungsrecht, nicht nur die Verkaufsbefugnis (ROHG. 2, 383; vgl. Bolze 10 Nr. 128b). Verweigert der Gläubiger trotz der anderweiten Sicherheitsleistung die Herausgabe der Sache, so wird er schadensersatzpflichtig (ROHG. 15, 363; § 347 Anm. 11). Durch Klage und einstweilige Verfügung ist er zur Herausgabe zu zwingen.

Anm. 53. Die Art der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach §§ 232—240 BGB. Bürgen können aber, wie unser Abs. 4 bestimmt, dem Gläubiger als Sicherheitsleistung nicht aufgedrängt werden.

Anm. 54. Was die Angemessenheit der Sicherheitsleistung betrifft, so kommt es darauf an, ob der Wert des zurückbehaltenen Gegenstandes oder der der Forderung geringer ist. Hat der zurückbehaltene Gegenstand einen höheren Wert als die Forderung, so braucht die anderweite Sicherheit nur den Betrag der Forderung zu erreichen. Denn das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist nicht als ein Mittel, um einen Druck auf den Schuldner auszuüben, gedacht, sondern lediglich als ein Mittel, um eine Sicherung und Befriedigung zu erlangen. Mehr kann der Inhaber eines solchen Rechts nicht verlangen, als eine anderweite angemessene Sicherheit für seine ganze Forderung. Ist der Wert der zurückbehaltenen Sache geringer als die Forderung, so braucht die anderweite Sicherheit nur den Wert der zurückbehaltenen Sache zu haben. Denn das ist ein ausreichender Ersatz der von ihm aufgegebenen Sicherheit.

Unter Umständen kann auch ohne Sicherheitsleistung die Herausgabe verlangt werden (unten Anm. 56).

Anm. 55. Durch die Bestellung der anderweiten Sicherheit erwirbt der Gläubiger an Stelle des Zurückbehaltungsrechts ein Pfandrecht (§ 223 BGB.).

Anm. 56. **Zusatz 1. Umfang des Zurückbehaltungsrechts in Ansehung der im Besitz des Gläubigers befindlichen Sachen.** Das vertragsmäßige Pfandrecht und demgemäß auch die handelsgesetzlichen Pfandrechte erstrecken sich auf alle Sachen, die in das Pfandrecht fallen. Auch wenn der Betrag der Forderung weit geringer ist, als der Wert der als Pfand haftenden Sachen, so kann der Gläubiger alle als Pfand haftenden Sachen so lange in seinem Pfandbesitze behalten, bis er befriedigt ist. Nur zum Verkauf darf er nicht mehr stellen, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist (§§ 1222, 1257 BGB.). Bei dem Zurückbehaltungsrecht ist eine derartige Vorschrift nicht gegeben, und aus der Natur des hier in Rede stehenden Rechts ergibt sie sich nicht. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht soll nicht weitergehen, als zur Sicherung erforderlich ist. Ein Druck soll nicht ausgeübt werden. Infolgedessen können nicht wegen einer Forderung von 1000 Mk. Wertpapiere im Effektivwerte von 10000 Mk. zurückbehalten werden. Übersteigt der Wert der zurückbehaltenen Gegenstände den Wert der Forderung, so kann der Überschuß ohne Sicherheitsleistung herausverlangt werden (so schon ROHG. 2, 383; 9, 124; JW. 84, 274[35]). Auch der Grundsatz von Treue und Glauben führt zu diesem Ergebnis (RG. in Holdheim 15, 107; vgl. RG. 61, 128; dagegen Planck § 273 Anm. 1).

Anm. 57. **Zusatz 2. Umfang des Zurückbehaltungsrechts hinsichtlich der zu sichernden Forderung.** Nach § 1210 BGB. haftet die verpfändete Sache auch für Zinsen und Vertragsstrafen, auch für die Ansprüche des Gläubigers auf Ersatz von Verwendungen (z. B. Frachtauslagen, Lagergeld usw.), für die dem Gläubiger zu ersetzenden Kosten der Veräußerung, wozu auch eine Provision für die Bewirkung des Verkaufs gehört (§ 354 Anm. 5; § 368 Anm. 32). Nach § 1257 BGB. gilt alles dies auch für die gesetzlichen Pfandrechte, und aus der Natur des Zurückbehaltungsrechts als eines Sicherungs- und Befriedigungsmittels ergibt sich die entsprechende Anwendung der gedachten gesetzlichen Vorschrift. Es gilt also hier das gleiche (RG. 1, 282; vgl. RG. 12, 83; 18, 161).

Anm. 58. **Zusatz 3. Verhältnis des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zu anderen Gläubigern und im Konkurse.** Wie sich das Zurückbehaltungsrecht zu dritten Erwerbern der Sache stellt, ist oben Anm. 31 erörtert. Im Konkurse des Schuldners steht das kaufmännische Zurückbehaltungs-

Digitized by Google

recht dem Faustpfandrecht gleich und gewährt daher ein Absonderungsrecht (§ 49 Nr. 4 KO.), jedoch beeinflußt durch das dem Massenverwalter zustehende Verwertungsrecht (§ 127 KO.). Das Zurückbehaltungsrecht muß natürlich vor dem Konkurse entstanden sein (§ 15 KO.). Auch nur solange kann der Schuldner den Besitz übertragen (ROHG. 19, 57). Sind daher nach der Konkurseröffnung Sachen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangt, so kommt es darauf an, ob dies mit dem Willen des Konkursverwalters geschah (RG. in Recht 02, 24[98]). Der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts im Falle des § 223 KO. interessiert hier nicht. **§ 369.**

Wird der zurückbehaltene Gegenstand von dritter Seite gepfändet, so steht dem Zurückbehaltungsberechtigten ein Widerspruchsrecht zu. Dieses Recht kann beim Vollstreckungsgericht nach § 766 CPO. geltend gemacht werden, mag der Zurückbehaltungsberechtigte unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer sein (§ 809 CPO.). In diesen Fällen hat der Zurückbehaltungsberechtigte aber auch die Widerspruchsklage nach § 771 CPO., damit die Pfändung als unzulässig erklärt werde (RG. 9, 424ff.; 14, 365; vgl. § 805 CPO.). Daß der Vollstreckungsgläubiger oder sein Vertreter gutgläubig angenommen hat, es bestehe kein Zurückbehaltungsrecht, ist unerheblich. Der Schutz gutgläubigen Pfanderwerbs erstreckt sich nicht auf das Pfändungspfandrecht (§ 366 Anm. 58). Anm. 59.

Indessen steht den anderen Gläubigern des Schuldners das Recht der paulianischen Anfechtung zu, d. h. es kann der Rechtsakt, durch den der zurückbehaltene Gegenstand in den Besitz des Gläubigers gelangt ist, angefochten werden, womit das Zurückbehaltungsrecht fällt (ROHG. 17, 293). Hierzu hat das RG. erkannt, daß die Anfechtung dann nicht durchgreift, wenn der Gläubiger vor der kritischen Zeit eine Sache des Schuldners bereits hatte und nunmehr eine Forderung gegen ihn erwirbt; denn er hat dann nicht die Sicherung zur kritischen Zeit erhalten (RG. 9, 50). Anm. 60.

Zusatz 4. Verhältnis des Zurückbehaltungsrechts zu dem Rechte des Gläubigers, die gesicherte Forderung durch Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen geltend zu machen. Der Gläubiger hat nicht das Recht, solange ihm das Zurückbehaltungsrecht zusteht, in das sonstige Vermögen des Schuldners zu vollstrecken. Der Gerichtsvollzieher darf zwar die Vollstreckung nicht ablehnen; aber der Schuldner kann den Gläubiger in Form einer Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gemäß § 766 CPO. auf die vom Gläubiger zurückbehaltenen Gegenstände verweisen (§ 777 CPO.; beneficium excussionis realis; vgl. § 772 Abs. 2 BGB.). Es sind bereits § 368 Anm. 86 die Voraussetzungen, der Umfang und die Wirkungen dieses Verweisungsrechts dargelegt. Dieselben Grundsätze finden auch hier Anwendung. Anm. 61.

Zusatz 5. Endigung des Zurückbehaltungsrechts. Das Zurückbehaltungsrecht besteht in dem Recht, die Sachen zurückzubehalten, solange man sie noch im Besitze hat. Im Besitz hat sie der Gläubiger auch dann noch, wenn die Sachen mit Arrest belegt wurden oder seiner Verfügung ein Hindernis entgegensteht, das durch gerichtliches Einschreiten zu beseitigen ist (ROHG. 14, 112; Schuldner hatte einen weiteren Verschluß angelegt). Gibt der Gläubiger daher den Besitz auf, so verliert er damit die Möglichkeit und das Recht, zurückzubehalten. Selbst unfreiwilliger Besitzverlust hat diese Wirkung (oben Anm. 38). Der Gläubiger ist berechtigt, von dem, der ihm die Sache gewaltsam weggenommen hat, sei es dem Schuldner selbst oder einem Dritten, die Sachen wieder zurückzuverlangen (oben Anm. 38). Anm. 62.

Das Zurückbehaltungsrecht geht natürlich, wie alle anderen Rechte an der Sache dadurch unter, daß ein Dritter gutgläubig die Sache gemäß §§ 932ff. BGB. bzw. § 366 HGB. erwirbt (vgl. Anm. 41 zu § 366), auch dadurch, daß ein über die Sache lautendes Dispositionspapier auf Order gutgläubig erworben wird (Anm. 14 zu § 366 und oben Anm. 35). Anm. 63.

Das Zurückbehaltungsrecht geht endlich durch Befriedigung des Gläubigers unter. Wie der Pfandschuldner gemäß § 1223 BGB., so kann auch hier der Schuldner die Herausgabe der zurückbehaltenen Sachen Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen (vgl. § 274 BGB.; JW. 03 Beil. 16[33]; RG. 51, 237). Das Zurückbehaltungsrecht wird übrigens nicht von Amtswegen beachtet (RG. 2, 74). Im Antrag auf Klagabweisung oder in Geltendmachung einer Aufrechnungseinrede liegt die Einrede des Zurückbehaltungsrechts noch nicht, weil durch Anm. 64.

Digitized by Google

§ 369. Vorschützen der Aufrechnungseinrede die Leistung überhaupt verweigert wird (JW. 03 Beil. 16[23]). Wer sich der Einrede des Zurückbehaltungsrechts bedient, will dagegen nur zurzeit nicht leisten.

Anm. 65. **Zusatz 6. Übergangsfrage.** Da das Zurückbehaltungsrecht kein dingliches, sondern nur ein unter den Parteien wirksames, obligatorisches Recht ist (oben Anm. 33), so greifen die für Schuldverhältnisse gegebenen Übergangsvorschriften Platz (Art. 170 EG. z. BGB.). Lagen vor 1. Januar 1900 alle Voraussetzungen vor, die zum Entstehen eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts gehören, so war es vor 1. Januar 1900 entstanden und beurteilt sich dann nach altem Recht. Auf die Zeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts kommt es nicht an (RG. 49, 82; vgl. JW. 01, 237; oben Anm. 22). Hat die Eigentumsübertragung auf den Gläubiger vor 1. Januar 1900 stattgefunden, so bleibt § 369 Abs. 1 Satz 2 außer Betracht; denn auf Grund solcher Tatsachen konnte früher kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht entstehen (Lehmann ZHR. 48, 77).

§ 370.

§ 370. Das Zurückbehaltungsrecht kann auch wegen nicht fälliger Forderungen geltend gemacht werden:

1. wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet ist oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat;
2. wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht ist.

Der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts steht die Anweisung des Schuldners oder die Uebernahme der Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, nicht entgegen, sofern die im Abs. 1 Nr. 1, 2 bezeichneten Thatsachen erst nach der Uebergabe des Gegenstandes oder nach der Uebernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt werden.

Lit.: wie zu § 369.

Einleitung. **Ein bevorzugter Fall des Zurückbehaltungsrechts, sogenanntes Notzurückbehaltungsrecht.** Während das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht regelmäßig an das Erfordernis der Fälligkeit geknüpft ist, während es ferner regelmäßig beim Vorhandensein einer Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, ausgeschlossen ist, wird in zwei oder vielmehr drei Fällen von jenem Erfordernisse und diesem Hindernisse abgesehen und das Zurückbehaltungsrecht gewährt, obgleich jenes Erfordernis fehlt, und obwohl dieses Hindernis besteht. Jenes Erfordernis ist in diesen drei Fällen kein Erfordernis, dieses Hindernis kein Hindernis.

Anm. 1. 1. **Die drei Fälle des Notzurückbehaltungsrechts** sind:

a) Über das Vermögen des Schuldners ist Konkurs eröffnet.

b) Der Schuldner hat seine Zahlungen eingestellt. Ein aus dem Konkursrecht bekannter Begriff; vgl. besonders RG. 6, 95. Unter Zahlungseinstellung versteht man die innerhalb der beteiligten Geschäftskreise erkennbar gewordene, in die äußere Erscheinung getretene Zahlungsunfähigkeit (RG. 51, 414; RG. in Gruch. 49, 1084; vgl. Jaeger § 30 Anm. 1). Daß die Zahlungseinstellung mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, genügt nicht (RG. 3, 114). Arrest genügt ebenfalls nicht, wenn nicht außerdem Zahlungseinstellung vorliegt.

c) Eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ist ohne Erfolg gewesen. Über diesen Begriff s. Anm. 3 zu § 135.

Anm. 2. 2. **In jedem dieser drei Fälle wird von dem Erfordernisse der Fälligkeit der Forderung abgesehen.** Doch muß die Forderung selbstverständlich schon entstanden, auch muß sie unbedingt sein.

Anm. 3. 3. **In jedem der zu 1 gedachten Fälle steht die Anweisung oder die Verpflichtung, in bestimmter Weise zu verfahren, der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht entgegen**

Digitized by Google

Das widerspricht der Regel des § 369 Abs. 3. Regelmäßig ist beim Vorhandensein einer solchen Anweisung oder Verpflichtung die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen, in den zu 1 gedachten drei Fällen nicht. Indessen trifft dies doch nur dann zu, wenn jene Fälle erst nach der Übergabe der Sache oder nach der Übernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt werden (SeuffA. 55 Nr. 22). War der Bankerott des Schuldners dem Gläubiger schon bekannt, als die zurückbehaltene Sache in seinen Besitz gelangte, und ist ihm hierbei eine bestimmte Anweisung erteilt worden, mit den Sachen zu verfahren, so ist er daran gebunden. Hat er nach Bekanntwerden des Bankerotts eine solche Verpflichtung übernommen, so ist er erst recht daran gebunden. § 370.

Wenn der Bankerott erst nach der Übergabe oder nach der Verpflichtungsübernahme entstanden ist, so steht dies dem Zurückbehaltungsrecht ebensowenig entgegen, wie wenn der Bankerott früher entstanden und erst später bekannt wurde (RG. 12, 91). Denn auch in diesem Falle ist er ja erst später bekannt geworden. Früher konnte er ja nicht bekannt werden, weil er früher noch gar nicht entstanden war. Anm. 4.

§ 371.

Der Gläubiger ist kraft des Zurückbehaltungsrechts befugt, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande für seine Forderung zu befriedigen. Steht einem Dritten ein Recht an dem Gegenstande zu, gegen welches das Zurückbehaltungsrecht nach § 369 Abs. 2 geltend gemacht werden kann, so hat der Gläubiger in Ansehung der Befriedigung aus dem Gegenstande den Vorrang. § 371.

Die Befriedigung erfolgt nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. An die Stelle der im § 1234 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Frist von einem Monate tritt eine solche von einer Woche.

Sofern die Befriedigung nicht im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindet, ist sie erst zulässig, nachdem der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung gegen den Eigenthümer oder, wenn der Gegenstand ihm selbst gehört, gegen den Schuldner erlangt hat; in dem letzteren Falle finden die den Eigenthümer betreffenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Befriedigung auf den Schuldner entsprechende Anwendung. In Ermangelung des vollstreckbaren Titels ist der Verkauf des Gegenstandes nicht rechtmäßig.

Die Klage auf Gestattung der Befriedigung kann bei dem Gericht, in dessen Bezirke der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Niederlassung hat, erhoben werden.

Lit.: wie zu § 369.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt die Art, wie der Zurückbehaltungsberechtigte sich aus der zurückbehaltenen Sache befriedigt.** Im Absatz 1 ist das Befriedigungsrecht gegeben und der Vorrang vor fremden Rechten, in Abs. 2, 3 u. 4 ist die Art der Befriedigung vorgeschrieben.

Anm. 1. I. (Abs. 1.) **Der Zurückbehaltungsberechtigte hat das Recht der Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache.** Dieses Recht der Befriedigung ist der eigentliche materielle Inhalt und das Endziel des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Hierin gleicht es dem Pfandrechte. Deshalb erfolgt auch die Art der Befriedigung in Gemäßheit der pfandrechtlichen Vorschriften, wie weiter unten ausgeführt werden wird. — Die Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache ist nur ein Recht des Gläubigers. Er ist nicht gezwungen, die Befriedigung zu bewirken. Der Schuldner kann sie nicht ver-

Digitized by Google

§ 371. langen und nicht auf Verkauf klagen (vgl. ROHG. 10, 237; RG. 2, 35). Er kann nur die Zurückbehaltung durch Befriedigung oder durch anderweite Sicherheitsleistung abwenden (§ 369 Anm. 52ff.).

Anm. 2. II. (Abs. 1.) **Der Vorrang vor den Rechten Dritter** besteht hinsichtlich des Befriedigungsrechts so weit, als das Zurückbehaltungsrecht überhaupt den Rechten Dritter gegenüber gilt. Dies hier besonders zu sagen, war überflüssig. Welche Rechte Dritter gemeint sind, ist in Anm. 31ff. zu § 369 ausführlich dargelegt.

Anm. 3. III. (Abs. 2, 3 u. 4.) **Die Art, wie die Befriedigung mit Hilfe des Zurückbehaltungsrechts erfolgt,** ist in den Absätzen 2, 3 u. 4 für den Fall vorgeschrieben, daß der Zurückbehaltungsberechtigte und nicht etwa ein vorgehender im Besitz befindlicher Pfandgläubiger der Betreibende ist (§ 1232 BGB). Sie erfolgt nach den Regeln der Pfandbefriedigung, jedoch stets unter der Bedingung, daß für das Recht auf Befriedigung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt ist, zu dessen Erlangung ein besonderer Gerichtsstand dem Gläubiger an die Hand gegeben ist. Selbstverständlich kann auch die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen. Diese letztere Möglichkeit wird im folgenden zuerst betrachtet.

Anm. 4. A. **Zunächst ist es zulässig, daß die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt,** d. h. dadurch, daß der Gläubiger seine durch die Zurückbehaltung gesicherte persönliche Forderung ausklagt und auf Grund des so erlangten Schuldtitels in den zurückbehaltenen Gegenstand Zwangsvollstreckung bewirkt. Die Zulässigkeit dieser Art der Zwangsvollstreckung ist selbstverständlich, aber im Abs. 3 noch besonders erwähnt. Diese Art der Befriedigung folgt den Regeln der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 808, 821, 831 CPO.

Anm. 5. B. **Außerdem ist der Gläubiger berechtigt, sich nach Art der Pfandverwertung aus der zurückbehaltenen Sache zu befriedigen,** jedoch nur nach Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels.

1. **Erste Voraussetzung ist, daß der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel für sein Recht auf Befriedigung erlangt.** Dadurch unterscheidet sich diese Befriedigungsweise von der Pfandverwertung, die ja ohne vollstreckbaren Schuldtitel erfolgen kann (§ 368 Anm. 41).

a) Der Inhalt der Klage ist das Verlangen, die Befriedigung zu gestatten, wie Abs. 4 unseres Paragraphen ergibt. Klageantrag und Urteilstenor werden daher auf Leistung dahin lauten: Beklagter hat zu gestatten, daß der Kläger sich aus den von demselben zurückbehaltenen 10000 Mk. Nominal-Aktien der Neuen Berliner Omnibus- und Paketfahrt-Aktiengesellschaft wegen seiner Forderung von 5000 Mk. nebst 6% Zinsen seit dem 18. Dez. 1900 und der Kosten dieses Prozesses (unten Anm. 8) befriedige.

Anm. 6. b) Gerichtet ist die Klage gegen den Eigentümer oder Schuldner, gegen den letzteren dann, wenn die Sache dem Gläubiger selbst gehört, wenn also der Fall des § 369 Abs. 1 Satz 2 vorliegt, gegen den Eigentümer in den übrigen Fällen. Für den Fall, daß der Eigentümer nach Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes wechselt, bestimmt § 372 näheres.

Anm. 7 c) Der Gerichtsstand der Klage. Die Klage kann natürlich bei jedem sonstigen zuständigen Gericht angestellt werden, insbesondere auch im allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten. Aber wahlweise ist dem Gläubiger gestattet, an dem Gericht die Klage anzustellen, in dessen Bezirke er selbst seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Niederlassung hat (ROHG. 20, 179). Er darf also, wenn er in Breslau wohnt und in Berlin seine Handelsniederlassung hat, aus deren Betrieb das Zurückbehaltungsrecht herrührt, gegen den in Memel wohnenden Schuldner wahlweise in Memel, in Breslau oder in Berlin die Klage anstellen. Dagegen wird man ihm sinngemäß das Recht nicht geben können, die Klage an einem solchen Orte anzustellen, wo er zwar eine Handelsniederlassung hat, aber nicht die, aus deren Betrieb das Zurückbehaltungsrecht herrührt, wenn nicht etwa einer der anderen Gerichtsstände dort begründet ist.

Anm. 8. d) Die Kosten des Prozesses treffen den Schuldner unter allen Umständen. Der Gläubiger ist auf diesen Weg der Verwertung angewiesen. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Schuldner etwa das Zurückbehaltungsrecht bestritten oder irgendwie sonst Anlaß zur Klage

Digitized by Google

nach § 93 CPO. gegeben hat. Die materiellrechtliche Veranlassung hat der Schuldner dadurch gegeben, daß sein Gläubiger ein gesetzliches Recht besitzt, das nur in der vorgeschriebenen Weise mittels Klage zu verwirklichen ist. A. M. 6./7. Aufl., nach der der Schuldner kostenfrei ausgehen soll, wenn er keine Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben hat. Allein § 93 CPO. ist hier überhaupt nicht anwendbar, wie sich auch aus der folgenden Anmerkung ergibt. § 371.

e) Liegt kein vollstreckbarer Schuldtitel vor, so ist die Veräußerung des zurückbehaltenen Gegenstandes nicht rechtmäßig. Der Abs. 3 unseres Paragraphen spricht dies zwar nur für den Verkauf aus, aber von jeder anderen Verwertung (vgl. unten Anm. 13 ff.) gilt das gleiche. Durch nachträgliche Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels wird die Veräußerung nicht nachträglich rechtmäßig; denn nach Abs. 3 unseres Paragraphen ist die Befriedigung eben erst dann zulässig, nachdem der vollstreckbare Schuldtitel erlangt ist. Anm. 9.

Was nun die Folgen der Unrechtmäßigkeit anlangt, so sind sie die gleichen, wie sonst, wenn jemand die ihm obliegenden Rechte verletzt oder überschreitet (Anm. 11 zu § 347): Der Gläubiger haftet auf Ersatz des dem Schuldner zugefügten Schadens. Die zurückbehaltene Sache hätte nicht verkauft, der zurückbehaltene Wechsel nicht eingezogen werden sollen. Der Schuldner darf auf Ersatz des ihm hierdurch erwachsenen Schadens klagen. In den geeigneten Fällen kann aber der Gläubiger dieser Schadensersatzforderung gegenüber seine Forderung aufrechnend geltend machen (vgl. ROHG. 25, 224; RG. 1, 285; Bolze 7 Nr. 113; RG. 43, 39). Auch brauchen dabei nicht die besonderen Voraussetzungen der Aufrechnung vorzuliegen, insbesondere brauchen nicht beide Forderungen fällig zu sein. Der Schuldner hat also z. B. die Aufrechnung als Ersatz des Zurückbehaltungsrechts auch dann, wenn der Gläubiger auf Grund des Notzurückbehaltungsrechts des § 370 den Gegenstand verwertet hat, ehe seine Forderung fällig war. Andererseits kann der Schuldner auf diesem Wege nur seinen Schadensersatz geltend machen, nicht etwa ohne weiteres die Auszahlung des Erlöses an sich verlangen. Ist die Veräußerung zwar ohne vollstreckbaren Schuldtitel, aber doch sachgemäß erfolgt, so ist ja dem Schuldner kein Schaden erwachsen; er hat daher keinen Schadensersatzanspruch. Von diesem Gesichtspunkte gehen auch die angeführten Entscheidungen aus. Anm. 10.

Die Folgen des unrechtmäßigen Verkaufs gegenüber dem Erwerber richten sich nach § 1243 BGB., auf den hier offensichtlich angespielt ist (D. 213). Aber auch den § 1244 BGB. hat dieser Gesetzesausspruch im Auge, wie gleichfalls aus der D. hervorgeht. Das bedeutet, daß, wenn der Verkauf des zurückbehaltenen Gegenstandes ohne vollstreckbaren Schuldtitel erfolgt, der gute Glaube an das Vorhandensein des Schuldtitels den Erwerber der zurückbehaltenen Sache ebenso schützt, wie das Vorhandensein des Schuldtitels, wenn nur die übrigen Voraussetzungen dieses Schutzes nach § 1244 BGB. vorliegen (hierüber unten Anm. 16). Anm. 11

Über die Folgen des rechtmäßigen Erwerbes des veräußerten Gegenstandes siehe unten Anm. 16).

f) Liegt ein vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel vor und wird auf Grund dessen der Pfandgegenstand veräußert, später aber das Urteil aufgehoben, so greifen zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer die Regeln der CPO. über die Entschädigungspflicht in diesem Falle Platz (vgl. auch oben Anm. 10 über die Möglichkeit der Aufrechnung mit der gesicherten Forderung). Dem dritten Erwerber gegenüber ist dieser Wegfall des Urteils unerheblich. Für ihn lag ein vollstreckbarer Schuldtitel zur Zeit des Erwerbes vor. Späterer Wegfall tut seinem Rechte keinen Eintrag. Anm. 12.

2. **Liegt nun ein vollstreckbarer Titel in dem zu 1 gedachten Sinne vor, so kann nunmehr die Verwertung des zurückbehaltenen Gegenstandes erfolgen.** „Die Befriedigung erfolgt nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des BGB." Es muß also auf Grund des erlangten Schuldtitels nicht etwa eine Zwangsvollstreckung erfolgen. Vielmehr ist der Schuldtitel nur dazu da, um das Recht des Gläubigers auf Befriedigung gerichtlich festzustellen. Ist diese Feststellung erfolgt, so kann die Veräußerung nunmehr erfolgen nach den für das Anm. 13.

Digitized by Google

§ 371. Pfandrecht geltenden Vorschriften, also ohne Mitwirkung der gerichtlichen Organe. Im einzelnen ist hier der Klarheit wegen zu sagen:

a) Bei beweglichen Sachen. Es kann allerdings auf Grund des auf Gestattung der Befriedigung lautenden vollstreckbaren Erkenntnisses auch der Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirkt werden (§ 1233 Abs. 2 BGB), was wohl zu unterscheiden ist von der außerdem dem Gläubiger gestatteten Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung, die oben Anm. 4 erwähnt ist. Denn dort handelte es sich um Ausklagung der gesicherten Forderung, um auf Grund dieses Erkenntnisses den zurückbehaltenen Gegenstand zur Zwangsvollstreckung zu bringen. Hier aber ist nicht die zugrunde liegende persönliche Forderung ausgeklagt, sondern es ist auf Grund des Zurückbehaltungsrechtes die Klage auf Gestattung der Befriedigung gemäß § 371 angestellt, und auch auf Grund dieses vollstreckbaren Schuldtitels ist, wie gesagt, der Gläubiger berechtigt, den Verkauf der zurückbehaltenen Sachen nach den für den Verkauf gepfändeter Sachen geltenden Regeln zu betreiben.

Anm. 14. Aber der Gläubiger kann auch — und das ist Hauptsache hierbei — den Verkauf in der Weise bewirken lassen, wie man ein Faustpfand verwertet, d. h. ohne Mitwirkung der in der CPO. vorgesehenen Zwangsvollstreckungsorgane, sondern im Wege der öffentlichen Versteigerung oder bei marktgängigen Waren im Wege freihändigen Verkaufs durch eine Amtsperson. Hierfür und für die Androhung des Verkaufs, die Wartefrist, für den Ort der Versteigerung, für die öffentliche Bekanntmachung und die besondere Anzeige von dem bevorstehenden Verkauf, für die Einzelheiten der Versteigerung (nur gegen bar usw.), für das Recht des Gläubigers und des Schuldners mitzubieten, für die Besonderheiten bei Gold- und Silbersachen, für die Benachrichtigung des Eigentümers nach dem Verkauf gelten die für das Pfandrecht gegebenen zu § 368 Anm. 45 ff. erörterten Regeln. Doch bestimmt unser Paragraph in dieser Hinsicht zwei Abweichungen:

Anm. 15. Hinsichtlich der Wartefrist gilt eine Woche nach Abs. 2 unseres Paragraphen; und ferner: die den Eigentümer betreffenden Vorschriften finden auf den Schuldner Anwendung, wenn die zurückbehaltene Sache dem Gläubiger gehört, also in dem Falle des § 369 Abs. 1 Satz 2. In diesem Falle sind z. B. die Benachrichtigungen der §§ 1234, 1237 und 1241 an den Schuldner zu erlassen.

Anm. 16. Ferner gilt hier das gleiche, wie bei der Pfandverwertung hinsichtlich der Frage, wann der Verkauf ein rechtmäßiger ist, also der § 1243 BGB., nur daß zu den Erfordernissen der Rechtmäßigkeit hier noch die vorher erfolgte Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels auf Gestattung der Befriedigung hinzutritt. Die Folgen des rechtmäßigen Verkaufs richten sich, wie beim Pfandrecht, nach § 1242 BGB., die Folgen des unrechtmäßigen, aber immerhin noch amtlichen Verkaufs, wie beim Pfandrecht, nach § 1243 BGB., nur daß hier zu den durch den guten Glauben zu ersetzenden Erfordernissen der Rechtmäßigkeit auch noch das Vorhandensein eines Schuldtitels gehört (oben Anm. 11). Über die Folgen unrechtmäßigen und auch nicht amtlichen Verkaufs gegenüber dem Erwerber s. § 368 Anm. 59; über die Folgen unrechtmäßigen Verkaufs gegenüber dem Schuldner s. oben Anm. 10.

Anm. 17. Endlich können die Parteien auch hier gemäß § 1245 BGB. Abweichungen von den gesetzlichen Regeln des Verkaufs vereinbaren und auch hier kann das Gericht in den geeigneten Fällen gemäß § 1246 BGB. eingreifen (vgl. daher § 368 Anm. 44, 46, 47, 51, 53, 55, 56, insbesondere auch Anm. 62 dort), wo ausgeführt ist, ob solche Verabredungen und Gerichtsentscheidungen auch dem Erwerber gegenüber ins Gewicht fallen, selbst wenn dadurch nach dem Wortlaut des Gesetzes der Verkauf ein unrechtmäßiger ist. Darüber, ob auch von dem Erfordernisse des vollstreckbaren Schuldtitels durch Vereinbarung der Parteien abgesehen werden kann, s. unten Anm. 28.

Anm. 18. Durch den erfolgten Verkauf gilt die Forderung auch hier insoweit als berichtigt, als der Erlös dem Gläubiger gebührt, § 1247 BGB. findet auch hier entsprechende Anwendung (§ 368 Anm. 71). Den Überschuß hat der Gläubiger an den Schuldner abzuführen, wenn ihm nicht aus sonstigen Gründen ein Aufrechnungsrecht zusteht.

Digitized by Google

b) Bei Inhaberpapieren greifen ebenfalls die Grundsätze über die Pfandverwertung beweglicher Sachen entsprechend Platz. Die Verwertung erfolgt auch hier durch Veräußerung, wie bei einer beweglichen Sache. Dazu tritt aber noch wahlweise das Recht der Einziehung, soweit das Inhaberpapier eine Forderung vertritt (§ 368 Anm. 72). § 371. Anm. 19.

c) Bei Orderpapieren sind die für die Verwertung des Pfandrechts gegebenen Rechte auch hier gegeben. Mithin hat der Gläubiger das Recht, die dem Orderpapier zugrunde liegende Forderung einzuziehen (§ 1294 BGB). Nach dem ebengedachten Paragraphen steht dem Pfandgläubiger dieses Recht zu, noch ehe die durch das Pfand gesicherte Forderung fällig ist. Hier ist das natürlich regelmäßig nicht der Fall, weil vor Fälligkeit der Forderung das Zurückbehaltungsrecht regelmäßig gar nicht entsteht; ausnahmsweise entsteht das Zurückbehaltungsrecht schon vor Fälligkeit der Forderung, nämlich in den Fällen des § 370; in diesen Fällen hat der Gläubiger auch das Recht der Einziehung schon vor der Fälligkeit. Bei der Geltendmachung dieses Einziehungsrechtes stehen dem Schuldner des Orderpapiers alle Einreden zu, die er gegen den Schuldner des Zurückbehaltungsgläubigers selbst geltend machen könnte, das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht hat in dieser Beziehung nur dieselbe Wirkung, wie das gesetzliche Pfandrecht, nämlich nicht die höheren Wirkungen einer Verpfändung des Orderpapiers durch Indossament, sondern nur die mindere Wirkung einer Verpfändung des Orderpapiers nach den allgemeinen Vorschriften (vgl. § 368 Anm. 73, 91, 92, 93). Anm. 20.

Außerdem hat der Zurückbehaltungsgläubiger beim Orderpapier, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, das Recht, das Orderpapier durch eine Versteigerungsperson freihändig zum laufenden Preise zu verkaufen (§ 1295 BGB.). Öffentlicher Verkauf ist ausgeschlossen (§ 368 Anm. 74). Die Androhungs- und Wartefrist besteht nicht, da der § 1221, nicht der § 1234 BGB. im § 1295 angezogen ist. Das Recht steht beim Pfandrecht dem Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit der eigenen Forderung zu, für den Fall des Notzurückbehaltungsrechts des § 370 wird man aber hier von diesem Erfordernis abzusehen berechtigt sein. Anm. 21.

Soweit das Orderpapier keine Forderung darstellt, und auch keinen Börsen- und Marktpreis hat, also z. B. wenn das Zurückbehaltungsrecht einer nicht marktgängigen Namensaktie nicht nur durch Einziehung der Dividenden verwirklicht werden soll, so bleibt nichts übrig, als die Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung, also entweder durch Ausklagung der zu sichernden Forderung (oben Anm. 4) oder auf Grund des gegen den Eigentümer gerichteten Schuldtitels auf Gestattung der Befriedigung (oben Anm. 13; vgl. § 1282 Abs. 2 BGB.; auch D. 214). Anm. 22.

Dieses Recht hat der Zurückbehaltungsgläubiger übrigens in allen Fällen.

Dagegen hat der Zurückbehaltungsgläubiger nicht das Recht, das Orderpapier einfach freihändig zu verkaufen, also z. B. zu diskontieren (vgl. § 368 Anm. 74).

d) Bei den Dispositionspapieren ist folgendes zu bemerken. Wie bereits Anm. 29 zu § 369 bemerkt, ist hier wohl der Fall zu unterscheiden, in dem der Gläubiger ein auf seinen Namen lautendes oder durch Giro auf ihn gekommenes Dispositionspapier über fremde Waren in seiner Hand hat, so daß er über die Waren verfügen kann, und der andere Fall, in dem der Gläubiger ein Dispositionspapier in seiner Hand hat, Inhalts dessen sein Schuldner legitimiert ist. Anm. 23.

α) In dem ersteren Falle erwirbt der Zurückbehaltungsgläubiger ein Zurückbehaltungsrecht an dem Gute selbst und damit das Recht des Verkaufs des Gutes, wie ja auch das Pfandrecht an dem Gute durch Girierung eines Orderpapiers auf den Pfandgläubiger übergeht (§ 368 Anm. 76). Bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Auslieferung des Gutes aber hat er nicht die Rechtsstellung eines Pfandgläubigers durch Indossament, sondern eines Pfandgläubigers, dem nach allgemeinen Grundsätzen über Verpfändung von Rechten ein Pfandrecht bestellt ist (§ 368 Anm. 91). Außerdem hat er das Recht, das Papier selbst, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, durch eine offizielle Person verkaufen zu lassen (oben Anm. 21). Denn dieses Recht hat doch der Zurückbehaltungsgläubiger bei Anm. 24.

Digitized by Google

§ 371. allen Orderpapieren, beim Dispositionspapier auf Order kann der Zurückbehaltungsgläubiger hierin nicht schlechter gestellt sein.

Anm. 25. β) In dem anderen Falle, in dem der Zurückbehaltungsgläubiger ein auf Order gestelltes Dispositionspapier (ein anderes kann gar nicht Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes sein, weil es kein Wertpapier wäre; Anm. 14 zu § 369) in der Hand hat, durch das aber nicht er, sondern der Zurückbehaltungsschuldner legitimiert ist, erwirbt der Gläubiger zwar auch ein Zurückbehaltungsrecht. Allein damit erwirbt er nicht das Zurückbehaltungsrecht am Gute selbst, sondern ein solches am Papier, d. h. an dem dem Schuldner auf Grund des Papiers zustehenden Rechte auf Auslieferung des Gutes. Dieses Recht kann er einziehen (über das Einziehungsrecht im einzelnen s. oben Anm. 20), und wenn die Einziehung durchgesetzt ist, so hat er ein Zurückbehaltungsrecht am Gute selbst (entsprechend dem § 1287 BGB.). Außerdem aber hat der Zurückbehaltungsgläubiger auch hier, wenn das Dispositionspapier einen Markt- oder Börsenpreis hat, das Recht, das Papier durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person verkaufen zu lassen (näh. oben Anm. 21).

Anm. 26. γ) In beiden Fällen steht natürlich dem Zurückbehaltungsberechtigten auch noch der Weg der Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung in das Papier offen (oben Anm. 22).

Anm. 27. **Zusatz. Kann von den in § 371 behandelten gesetzlichen Voraussetzungen der Befriedigung durch Parteivereinbarung abgewichen werden?** Die im Abs. 2 angeordnete Wartefrist kann durch Parteiabrede abgeändert, auch aufgehoben werden (vgl. § 1245 BGB. in Verbindung mit Abs. 3 unseres Paragraphen). Wegen anderer Voraussetzungen siehe Anm. 28 und 29.

Anm. 28. Wie aber steht es mit der Voraussetzung des vollstreckbaren Schuldtitels? Die Möglichkeit einer solchen Parteiabrede ist zu verneinen. Der Artikel 316, der abweichende Parteiabreden zuließ, ist gestrichen. Der § 1245 BGB., auf den Abs. 3 unseres Paragraphen hinweist, zählt die Vorschriften auf, von denen durch Parteiabrede bei der Verwertung des Zurückbehaltungsrechts abgewichen werden kann; zum Teil ist solche Parteiabrede zulässig in jeder Zeit, zum Teil erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (oben Anm. 17). Soll nun darüber hinaus ganz willkürlich diese wichtigste Voraussetzung der Verwertung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts als eine solche angesehen werden, die nicht zwingenden Rechts ist, von der vielmehr die Parteien ohne weiteres abgehen können? Wollte man diese Frage bejahen, so wirft sich sofort die weitere Frage auf: Und wann kann diese Abrede getroffen werden, zu jeder Zeit oder erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung? Wie man diese Frage auch beantwortet, die Antwort erscheint willkürlich. Für keine dieser Antworten gibt das Gesetz einen Anhalt. Und endlich ist es doch eine Abrede, durch die der Rechtsweg ausgeschlossen wird. Diese ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht ohne weiteres gültig, sondern nur dort, wo das Gesetz es gestattet.

Anm. 29. Daß die zurückbehaltene Sache vor Fälligkeit der gesicherten Forderung vom Gläubiger veräußert werden darf, kann gleichfalls nicht vereinbart werden (a. M. Düringer-Hachenburg II 528). Es sprechen die nämlichen Gründe gegen die Zulässigkeit, wie beim Pfandverkauf (hierüber § 368 Anm. 43). Vor Fälligkeit der Forderung entsteht überhaupt kein Zurückbehaltungsrecht. Nur über die Art der Verwertung können die Parteien bestimmen, und zwar erst, wenn ein Zurückbehaltungsrecht überhaupt entstanden ist.

§ 372.

§ 372. In Ansehung der Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande gilt zu Gunsten des Gläubigers der Schuldner, sofern er bei dem Besitzerwerbe des Gläubigers der Eigenthümer des Gegenstandes war, auch weiter als Eigenthümer, sofern nicht der Gläubiger weiß, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer ist.

Digitized by Google

Erwirbt ein Dritter nach dem Besitzerwerbe des Gläubigers von dem Schuldner das Eigenthum, so muß er ein rechtskräftiges Urtheil, das in einem zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner wegen Gestattung der Befriedigung geführten Rechtsstreit ergangen ist, gegen sich gelten lassen, sofern nicht der Gläubiger bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gewußt hat, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer war. § 372.

Der vorliegende Paragraph trifft besondere Bestimmungen für einzelne Fragen, bei denen die einfache Bezugnahme auf die Vorschriften des BGB. nicht genügend erschien, um zu einem zweifelsfreien Ergebnis zu gelangen (D. 214; vgl. die übereinstimmenden Vorschriften in § 325 CPO.). Die Bestimmungen sind also gewissermaßen ein gesetzlicher Kommentar zu den übrigen Vorschriften des Gesetzbuchs über das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, und es wäre sonderbar, wenn auch sie wieder eines Kommentars bedürften. Nur folgende Bemerkungen seien hinzugefügt: Einleitung.

1. Nur wenn der Gläubiger **weiß**, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer ist, darf er den Schuldner nicht mehr als Eigentümer ansehen. Wissen müssen schadet ihm nichts. Anm. 1.
2. Weiß der Gläubiger, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer ist, so darf er die Benachrichtigungen nicht mehr an ihn, sondern er muß sie an den wahren Eigentümer richten. Auch muß er, wie sich aus Abs. 2 ergibt, in diesem Falle die Klage auf Gestattung der Befriedigung gegen den wahren Eigentümer richten. Sonst braucht der Eigentümer das ergehende Urteil nicht gegen sich gelten zu lassen (§ 371 Anm. 6). Anm. 2.
3. Weiß aber der Gläubiger nicht, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer ist, so kann er alle Benachrichtigungen weiter an ihn ergehen lassen und kann ihn auf Duldung der Befriedigung verklagen. Der wahre Eigentümer kann nicht hinterher geltend machen, daß alles das ihn nichts angehe. Mag er für Benachrichtigung des Zurückbehaltungsgläubigers von dem Eigentumswechsel sorgen, und wenn er vom Zurückbehaltungsrecht nichts gewußt hat, sich an seinen Rechtsvorgänger halten. Die Verwertung ist ihm gegenüber rechtmäßig. Anm. 3.

Exkurs zu § 372.

Exk. zu § 372.

Ergänzungen zur Lehre von den Handelsgeschäften: Ort und Zeit der Erfüllung.

I. Ort der Erfüllung.

Lit.: Kerssenboom, Der Leistungsort nach dem neuen d. BGB., Bonn 1904; Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsort, Gießen 1862.

A. **Vorbemerkung.** Das HGB. hatte in den Art. 324 und 325 Vorschriften über den Ort der Erfüllung der Handelsgeschäfte, die sich derart bewährt hatten, daß sie im wesentlichen in das BGB. aufgenommen und so im neuen HGB. entbehrlich wurden. Es sind das die §§ 269 und 270 BGB. Sie haben aber große Wichtigkeit für den Handelsverkehr. Anm. 1.

Außerdem hatte das HGB. noch einen besonderen Artikel über den Ort der Erfüllung beim Handelskauf, den Art. 342. Auch dieser ist fortgefallen, weil er durch die allgemeinen Vorschriften für entbehrlich erklärt wurde. Daher entscheiden jetzt lediglich die allgemeinen Vorschriften über den Erfüllungsort (§§ 269, 270 BGB.). Anm. 2.

Wegen des Sprachgebrauchs ist zu bemerken, daß das BGB. nicht wie das frühere HGB. vom Orte der Erfüllung, sondern vom Orte der Leistung spricht (vgl. jedoch §§ 447, 448, 644 Abs. 2 BGB.; ferner § 29 CPO.). Anm. 3.

B. **Die allgemeine Vorschrift über den Erfüllungsort enthält der § 269 BGB.** Er lautet: Anm. 4.

> Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

Digitized by Google

Exk. zu § 372. Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Aus dem Umstand allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, daß der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll.

Anm. 5. 1. **Allgemeines über den Erfüllungsort.**

a) **Internationales Privatrecht.** Die Feststellung des Erfüllungsortes ist aus verschiedenen Gründen wichtig: z. B. wegen des Verzuges, des Gefahrenüberganges, des Gerichtsstandes. Hier soll zunächst die Frage nach dem zur Anwendung zu bringenden Recht, bei dem der Erfüllungsort eine große Rolle spielt, erörtert werden. Das EG. z. BGB. regelt das internationale Recht für die Schuldverhältnisse nicht, bis auf die Vorschriften des Art. 11 (Form der Rechtsgeschäfte) und Art. 12 (Deliktsschulden, wobei darüber, ob eine im Ausland begangene Handlung als unerlaubte anzusehen ist, und welche Rechtsfolgen daraus entstehen, das Recht des Orts der Begehung entscheidet, JW. 06, 297[1]; über den Begriff des Begehungsortes s. Exk. zu § 349 Anm. 16 und RG. 18, 219; 29, 90). Es ist somit hier alles der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen. Danach entscheidet auch im internationalen Recht in erster Reihe der Wille der Vertragschließenden über das Recht, dem sie ihre gegenseitigen Beziehungen unterwerfen wollen. Ist ein solcher Wille nicht zum Ausdruck gebracht, so kommen die etwa vorhandenen Staatsverträge zur Geltung; denn soweit eine solche internationale Regelung des materiellen Privatrechts bereits besteht, treten die Kollisionsbestimmungen des EG. z. BGB. zurück (hierüber Niedner EG. z. BGB. Vorbem. vor Art. 7; vgl. auch JW. 90, 309). Soweit es an einer solchen internationalen Übereinkunft fehlt, entscheidet im Zweifel das Recht des Erfüllungsortes. Doch kommt das ausländische Recht nicht zur Anwendung, wenn daraus ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes sich ergeben würde (Art. 30 EG. z. BGB.). Darüber, welches Recht zur Anwendung zu bringen ist, entscheidet das Prozeßgericht nach seinem Recht (ROHG. 12, 414; 13, 100; 17, 294; RG. 30, 117; 34, 17; 36, 205, 284; 55, 117; vgl. RG. 61, 71: bezieht sich auf § 328 CPO.).

Anm. 6. α) **Vertragliche Regelung.** Die Parteien können sich also über das zur Anwendung kommende Recht vertraglich einigen (ROHG. 24, 181; RG. 9, 227; 14, 239; 44, 301). Einigen sich die Parteien dahin, daß ein bestimmtes deutsches Gericht für die aus einem bestimmten Vertrag entspringenden Rechtsstreitigkeiten zuständig sein soll, so liegt darin im Zweifel zugleich die Einigung auf Anwendung deutschen Rechts (JW. 06, 452[2]). Die Einigung der Parteien kann aus schlüssigen Handlungen und aus den Umständen z. B. daraus gefolgert werden, daß beide Teile in den Vorinstanzen stillschweigend von der Anwendbarkeit des Rechts des Prozeßgerichts ausgegangen sind (RG. 53, 140). Auch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte greifen hier ein. So z. B. berechtigt die Benutzung eines von den eigenartigen Anschauungen oder Einrichtungen eines Landes ausgehenden Vertragsformulars durch Angehörige jenes Landes einen Rückschluß auf die Parteiabsichten hinsichtlich des anzuwendenden Rechts (RG. 19, 33). So ist es im Handel mit englischen Shares in Deutschland Übung, daß die Usancen der Londoner Börse zur Anwendung kommen. So unterwirft sich ein im Ausland wohnhafter Börsenspekulant, der mit einem inländischen, im Börsenregister eingetragenen Bankier Börsenterminegeschäfte abgeschlossen hat, durch Annahme von Schlußnoten mit der Klausel „Erfüllungsort Hamburg" inländischem Recht (RG. 58, 367). Ein ausländischer Erfüllungsort wird für den Käufer dagegen nicht dadurch bestimmt, daß Käufer in ausländischer Münze oder durch ein an einem ausländischen Ort einzulösendes Akzept oder einen solchen Scheck zu zahlen hat (RG. 50, 271; JW. 95, 162[2]; 03, 184[42]); denn es ist dies nur eine besondere Art, wie der Käufer die Zahlung auf seine Gefahr und Kosten dem Verkäufer übermacht.

Anm. 7. β) **Gesetzliche Regelung.** Fehlt es an einer Vereinbarung, so ist das Recht des Erfüllungsortes maßgebend (vgl. §§ 359, 361, 380 HGB.). Die Rechtsprechung (ROHG.

Digitized by Google

15, 212; 16, 14; RG. 12, 35; 14, 239; 30, 117 gegen Bolze 1 Nr 32 u. 35) war darin einig. Unter Erfüllungsort verstand man den Ort, an dem die ganze Abwickelung des Geschäfts in seinen wesentlichen Beziehungen vor sich gehen sollte; dort war der Sitz der Obligation (vgl. RG. 14, 111). Auch die Literatur nahm überwiegend diesen Standpunkt ein (vgl. RG. 14, 154). Der 24. deutsche Juristentag (IV 85, 112, 349) schloß sich dieser Ansicht an. Nun hat aber das RG. VI CS. sich in zwei Entscheidungen (RG. 61, 345; 62, 380) dem Grundsatz geneigt gezeigt, daß bei Vertragsobligationen im Zweifel nicht das Recht des Erfüllungsortes, sondern das Personalstatut des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses maßgebend sein soll; ob alsdann das Recht des Wohnortes oder des Heimatsstaates anzuwenden wäre, wird dort dahingestellt. In der Literatur herrschen die widersprechendsten Ansichten darüber, ob das Personalstatut des Schuldners oder des Gläubigers oder das Recht des Ortes des Vertragsschlusses oder der Erfüllung den Ausschlag geben soll (vgl. Niedner, Vorbem. IV vor Art. 7). Es kommt dabei wohl nicht auf das unbestimmbare Merkmal an, welcher Staat das größte öffentliche Interesse daran hat, daß sein Recht zur Anwendung komme (so Cosack BGB. I § 11; II 4, der das Recht des Erfüllungsortes als eine beispielsweise Anwendung dieses Satzes ansieht), sondern darauf, zu welchem Recht Inhalt und Wirkungen der Obligation die meisten und engsten Beziehungen aufweisen. Dies ist aber das Recht des Erfüllungsorts [so auch Dernburg I § 40 III; Enneccerus-Lehmann § 8 VII S. 42; v. Staudinger Art. 11 EG. z. BGB. II c, a; Zitelmann, ein folgerichtiger Vertreter der Lehre vom Personalstatut, hat deren Ergebnisse für den Sachkauf nachgewiesen (Internat. Privatrecht II 439 ff.). Danach sind die Erfordernisse des Eigentumserwerbs nach dem Sachstatut, die des Kaufs als obligatorischen Vertrags nach den Heimatsrechten des Käufers und des Verkäufers zu beurteilen; daher ist z. B. ein bedingter Kauf nicht zustande gekommen, wenn das eine Heimatsrecht die Bedingung als einaufschiebende, das andere sie als eine auflösende betrachtet].

Erl. zu § 372.

Die Bedeutung, die bis dahin dem Rechte des Erfüllungsorts beigelegt worden ist, entspricht jedoch der Natur der Dinge sowie der Verkehrssicherheit am meisten, hat auch zu einer befriedigenden Rechtsprechung geführt. Es wird daher auch im folgenden von diesem Grundsatz ausgegangen.

Anm. 8.

αα) Danach ist mangels eines anderen erkennbaren Parteiwillens das Recht des Erfüllungsorts für alle vertraglichen Verpflichtungen entscheidend (RG. 44, 300; 46, 93; 53, 140; 55, 117; JW. 91, 224[11]). Bei alternativem Erfüllungsort bestimmen sich die rechtlichen Wirkungen nach dem Recht des gewählten Erfüllungsortes (ROHG. 15, 130). Dies alles bezieht sich auf die Formen für Lieferung und Zahlung, überhaupt auf alles, was die Ausführung der Erfüllung und deren Art angeht (RG. 6, 132; vgl. Schollmeyer § 270 Anm. 2b); also auf Gewicht, Münzfuß, Münzart, Zeitrechnung (RG. 14, 154; vgl. § 361 Anm. 1 ff.), auf den Eigentumsübergang (RG. 34, 66), auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung (JW. 03, 184[49]), auf die Vertragsstrafe (ROHG. 16, 14; RG. 15, 435); ja selbst auf die Frage der Klagbarkeit und Gültigkeit überhaupt (RG. 37, 270; 12, 35: ein Deutscher hatte einem Pariser Bankhaus Aufträge zu Börsengeschäften gegeben; die Klage des ersteren wurde abgewiesen, weil Paris Erfüllungsort sei, französisches Recht zur Anwendung komme und dieses solche Geschäfte damals für ungültig erklärte). Eine zur Aufrechnung gestellte Forderung und ihre Einklagbarkeit richtet sich nach dem Rechte des Orts, an dem die durch Aufrechnung zum Erlöschen zu bringende Forderung zu erfüllen war (RG. 26, 67; vgl. RG. 5, 130). Was den Verzug angeht, so entscheidet sich nach dem Erfüllungsort des Käufers, inwiefern sich seine Leistungspflicht durch seinen Verzug erweitert oder ändert (Schadensersatz, Zinspflicht usw.); dagegen beantwortet sich die Frage, inwiefern die Erfüllungspflicht des Verkäufers durch den Verzug des Käufers erlischt oder eingeschränkt wird, nach dem Recht des Erfüllungsorts des Verkäufers (RG. 51, 218; JW. 03, 184[75]). Die Verjährung untersteht, weil sie kein prozessuales, sondern ein materiellrechtliches Institut ist, nicht der lex fori, sondern dem Recht, welches das Rechtsverhältnis selbst beherrscht.

Digitized by Google

Erk. zu § 372. Dieses Recht bestimmt sich daher verschieden, je nachdem es sich um Verpflichtungen aus Verträgen, unerlaubten Handlungen, aus dem Sachen- oder Erbrecht und deren Erfüllungsort handelt (ROHG. 14, 258; 24, 181; RG. 1, 126; 2, 13; 4, 25; 7, 21; 9, 227).

Anm. 9. ββ) Nach diesen Grundsätzen kann bei gegenseitigen Leistungen der Erfüllungsort für beide Teile ein verschiedener sein. So ist der Erfüllungsort des Verkäufers am Orte seiner Handelsniederlassung, der des Käufers am Orte seiner Handelsniederlassung (RG. 46, 193; 51, 163). Der Kommittent, der die Verkaufskommission selbst ausgeführt hat, steht dem Käufer gleich (RG. 10, 91). So richtet sich das Recht auf Wandelung, in dessen Ausübung Befreiung von Zahlung des Kaufpreises oder dessen Rückerstattung mit Nebenansprüchen, wie Ersatz von Fracht- und Lagerungskosten, oder Zurücknahme der Ware begehrt wird, nach dem Recht des Ortes, an dem der Käufer seiner Zahlungspflicht zu genügen hat (RG. 46, 195; 55, 108). Die Frage, ob der Verkäufer das Recht hat, für zurückgewiesene oder zurückgenommene Ware Ersatzware zu liefern, beurteilt sich nach dem Recht des Erfüllungsortes des Käufers (nicht des Verkäufers), also im Zweifel nach dem Rechte seiner Handelsniederlassung oder seines Wohnorts; denn es handelt sich um eine Verpflichtung des Käufers (RG. 34, 191). Beim Kauf spielt auch der Bestimmungsort eine Rolle (hierüber unten Anm. 13). Über das materielle Verhältnis des Zedenten zum Zessionar entscheidet im Zweifel das Recht des Ortes der Forderungsabtretung, also regelmäßig des Wohnorts des Zedenten (RG. 14, 239; 18, 47); über das Verhältnis des Zessionars zum debitor cessus dagegen das Recht des Orts, an dem die Obligation selbst ihren Sitz hat (RG. 4, 246; 9, 229; 14, 239). Über die zu einer wirksamen Übertragung gehörigen Formerfordernisse bestimmt das Recht des Wohnortes des Schuldners (RG. 1, 437; 39, 376). Weiteres, soweit auch für das inländische Recht von Bedeutung, unten Anm. 13.

Anm. 10. γγ) Für Bürgschaft und Pfandbestellung gilt wegen ihrer teils selbständigen, teils akzessorischen Natur Besonderes. Der Bürge hat nicht an dem Erfüllungsort des Hauptschuldners, sondern an dem Orte zu erfüllen, der nach der Natur des Bürgschaftsvertrages oder der Parteiabsicht als Erfüllungsort für die Bürgschaft anzusehen ist, und wenn es hieran fehlt, an dem Orte seiner Handelsniederlassung oder an seinem Wohnort zur Zeit der Bürgschaftsübernahme (RG. 20, 335; JW. 96, 156[55]); dies gilt auch für den Mit- und Rückbürgen (vgl. RG. 61, 345). Nach dem Recht dieses Ortes bestimmen sich die Voraussetzungen, unter denen der Bürge dem Gläubiger für die Hauptschuld einzustehen hat, und nicht nach dem für die Hauptschuld maßgebenden Recht (RG. 9, 185; 10, 283; 34, 17). Das gilt auch für den selbstschuldnerischen Bürgen. Zu diesen nach dem Recht des Bürgschaftsvertrages zu beurteilenden Voraussetzungen gehört die Einrede der Vorausklage (RG. 9, 385) und das Recht des Eintritts des zahlenden Bürgen in die Stellung des Gläubigers (vgl. RG. 54, 316). Dagegen bestimmt sich Gegenstand, Inhalt und Umfang der schuldigen Leistung des Bürgen nach dem für die Hauptschuld maßgebenden Recht (RG. 54, 315). In den bereits oben Anm. 7 erörterten Entscheidungen (RG. 61, 345; 62, 380), in denen die Lehre vom Erfüllungsort zu demselben Ergebnis geführt haben würde, sind Bedenken gegen den Einfluß des Erfüllungsortes erhoben. Es wird hierwegen auf Anm. 7 oben verwiesen. Weiteres, soweit es auch für das inländische Recht von Belang ist, s. unten Anm. 17. Für die Verpfändung und das dadurch begründete Rechtsverhältnis ist das Recht des Orts der Verpfändung entscheidend (RG. 28, 111). Über den Rang mehrerer im Inland oder Ausland entstandener Pfandansprüche entscheidet jedoch immer das Recht des zur Entscheidung berufenen Gerichts (RG. 45, 281).

Anm. 11. γ) Ist danach ausländisches Recht anzuwenden, so muß dessen Inhalt zwar von Amtswegen ermittelt werden; allein es kann das Gericht dabei die Parteien zu Nachweisungen auffordern (§ 293 CPO.; RG. 21, 177; 30, 366; 39, 376; JW. 91, 331). Gelingt die Erforschung auch dann noch nicht, so ist inländisches Recht zur Anwendung zu bringen (RG. 39, 376; anders ROHG. 25, 53). Ausländisches Recht darf aber nicht angewendet werden, wenn dessen Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck

Digitized by Google

eines deutschen Gesetzes verstoßen würde (Art. 30 EG. z. BGB.; vgl. §§ 328 Abs. 1 Nr. 4; Exk. zu 723 Abs. 2 CPO. u. Allg. Einl. Anm. 6). Gegen die guten Sitten verstößt ein ausländisches Gesetz, wenn der inländische Richter nach seinem Recht die §§ 138, 826 BGB. zur Anwendung bringen müßte (hierüber Exk. zu § 346). Dazu gehört namentlich auch illoyaler Kontrahierungszwang (Exk. zu § 346 Anm. 27; RG. 48, 114) und unter Umständen auch das Vorgehen von Syndikaten und Kartellen (Exk. zu § 346 Anm. 28 ff.). Gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes ist nicht nur dann verstoßen, wenn der inländische Richter sich im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschriften ausdrücklich zwingender Natur seines eigenen Rechts gegenübergestellt sieht (RG. 32, 177; 41, 310), sondern auch dann, wenn die Anwendung ausländischen Rechts die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens unmittelbar angreifen würde. Auf den namentlich im Gebiet des französischen Rechts aufgestellten Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung kommt es daher nicht allein an, sondern darauf, ob die sittlichen, wirtschaftlichen oder politischen Motive eines inländischen Rechtssatzes so bedeutsam sind, daß sie für den von ihnen getragenen Rechtssatz ausschließliche Geltung beanspruchen wollen (RG. 60, 296; über die Vorschriften ausschließlichen Charakters vgl. Allg. Einl. Anm. 12). Hier kommt z. B. der betrügliche Charakter eines Geschäfts in Betracht (RG. 46, 112, 196), ebenso die Vornahme von verbotenen und nichtigen Geschäften. Selbstverständlich kann dem Willen des Gesetzgebers nicht durch Vereinbarung eines ausländischen Erfüllungsorts entgegengehandelt werden (RG. 44, 302). Wenn das inländische Recht für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses auf das ausländische Recht verweist, so entsteht das Problem der Rück- und Weiterverweisung, d. h. die Frage, ob nun lediglich die materiellrechtlichen Vorschriften des ausländischen Rechts oder dessen Kollisionsnormen anzuwenden sind; hierüber v. Staudinger zu Art. 27 EG. z. BGB.; Klein, ABürgR. 36, 252; JW. 06, 219[9]. **§ 372.**

δ) Kann ein rein privatrechtlicher Anspruch vor den inländischen Gerichten gegen einen ausländischen Staat verfolgt werden, wenn ein inländischer Gerichtsstand, z. B. der des Erfüllungsortes, besteht? Die Frage ist weder nach § 18 GVG., noch nach § 23 CPO., noch auch nach den Begriffen der Exterritorialität, noch auch vom Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit, noch auch von dem der fehlenden Vollstreckbarkeit, sondern lediglich nach völkerrechtlichen Regeln zu beantworten. Danach ist der ausländische Staat in Akten, die er kraft seiner öffentlichen Gewalt vornimmt, fremder Gerichtsbarkeit überhaupt nicht unterworfen. Dagegen unterliegt er unbedingt der inländischen Gerichtsbarkeit, wenn es sich um inländische unbewegliche Sachen handelt, also im Falle des Gerichtsstandes der belegenen Sache (vgl. RG. 32, 44). Im übrigen untersteht der ausländische Staat inländischer Gerichtsbarkeit nur im Falle ausdrücklicher oder stillschweigender Unterwerfung. Diese Unterwerfung ist gegeben, wenn er im Inland ein Gewerbe oder Handelsgeschäft betreibt, hinsichtlich aller mit Bezug hierauf abgeschlossenen Geschäfte; oder wenn es sich um einen beiderseits im Inland zu erfüllenden und auch im Inland abgeschlossenen Vertrag handelt, und endlich dann, wenn der ausländische Staat im Inland klagt; in letzterem Fall muß er sich eine Widerklage nach § 33 CPO. gefallen lassen (vgl. RG. 62, 165; anders RG. 14, 431; 22, 29: unbedingt verneint). Daß der ausländische Staat im Inland Vermögen besitzt, ist ohne Einfluß. (Lit.: in RG. 62, 166; Gesetzesvorlage der Reichsregierung, Drucksachen I Session 84/85, II Nr. 114 und Bd. II 1139; Band VII Anl. 379 S. 1920; v. Liszt, Völkerrecht 1906; v. Bar, Internat. Recht II 681; Laurent, droit civil intern. 3, 1 ff.). Anm. 12.

b) Vom Erfüllungsort verschieden ist der Bestimmungsort. Beim Übersendungskauf erfüllt der Verkäufer an seinem Wohnort trotz der ihm obliegenden Übersendungspflicht (RG. 1, 283; 3, 111; Bolze 5 Nr. 474; JW. 92, 152[11]). Die Pflicht zu frachtfreier Übersendung an den Bestimmungsort ändert hieran nichts (RG. 55, 117), und zwar ebensowenig als die Vereinbarung eines ausländischen Bestimmungs- und Ablieferungsorts (RG. 46, 193). Am Bestimmungsort ist nur abzuliefern. Soll aber die Weiterbeförderung durch einen Spediteur Anm. 13.

Digitized by Google

Exk. zu § 372. des Käufers stattfinden, so ist dieser Zwischenort und der Bestimmungsort der Ablieferungs- und Abnahmeort (RG. in Holdheim 9, 50). Für Geldzahlungen ist der Wohnsitz des Zahlungspflichtigen der Erfüllungsort, aber der Wohnsitz des Gläubigers ist der Bestimmungsort (§ 270 BGB.; unten zu III). Daher richtet sich die Erfüllungspflicht des Käufers nach dem Recht des Orts, an dem er den Kaufpreis zu zahlen hat (JW. 99, 751[27]; vgl. RG. 46, 195; 55, 103), also nach dem Recht des Orts, an dem Akzept oder Scheck zu übergeben, nicht wo diese einzulösen sind (oben Anm. 6). Anders, wenn der ausländische Ort Erfüllungsort ist, z. B. infolge der Klausel, daß der Käufer „netto Kasse" bei Empfang der Ware an einem Auslandsort zu zahlen hat (RG. 46, 195). Damit ist es nicht zu verwechseln, wenn der Käufer nicht Zug um Zug gegen Lieferung der im Ausland befindlichen Ware, sondern Zug um Zug im Inland gegen im Inland vorzunehmende Ausfolgung der Konnossemente über im Ausland befindliche Ware sein Akzept zu geben hat. Hier ist der Ort der Akzeptübergabe gegen Konnossemente der Erfüllungsort für den Käufer (JW. 92, 152[11]; 03, 184[42]). Die Cif-Klausel ist dagegen für den Erfüllungsort bedeutungslos (JW. 02, 609[18]).

Der inländische Erfüllungsort entscheidet auch über die Anwendung des § 477 BGB., selbst wenn der Bestimmungsort im Auslande liegt (ROHG. 15, 212). Anders, wenn der ausländische Ort Erfüllungsort ist; alsdann entscheidet das Recht dieses Orts, ob der Käufer das Recht auf Wandelung und Ersatz der Nebenkosten hat, sowie darüber, ob und wie er sich diese Rechte durch Erstattung einer Mängelanzeige erhalten muß (JW. 99, 751[27]); nicht aber entscheidet das Recht dieses Ortes darüber, ob dem Verkäufer eine Klage auf den Kaufpreis erst nach der Lieferung der Ware zusteht. Diese Frage gehört zur Art der prozessualen Geltendmachung und richtet sich deshalb nach der lex fori (RG. 46, 193). Für die am Bestimmungsort zu erfüllenden Verpflichtungen des Verfrachters aus dem Frachtvertrag und den Konnossementen ist das Recht des Bestimmungsorts maßgebend (RG. 34, 78; JW. 05, 54[35]). Über die Haftpflicht des Spediteurs aber entscheidet nicht das Gesetz des Bestimmungsorts, sondern des Orts, wo er die zur Versendung überlieferte Ware empfängt und absendet (ROHG. 8, 12; 12, 414). Für den Frachtführer ist der Ort, wohin er das Gut zu schaffen hat, sein gesetzlicher Erfüllungsort (OLG. Hamburg OLGR. 9, 132).

Anm. 14. c) Auch der Vertragsort ist natürlich etwas anderes. Es ist der Ort, an dem der Vertrag geschlossen wurde. Der Ort des Vertragsschlusses kann nur für die Form des Vertrags in Betracht kommen, und es genügt, wenn die Form dem Recht des Ortes des Vertragsschlusses entspricht (Art. 11 EG. z. BGB.). Als Ort des Vertragsschlusses ist der Ort anzusehen, an dem die Willenseinigung zustande gekommen ist, und das ist der Ort, an dem die Annahme des Vertragsangebots dem Antragenden gegenüber abgegeben ist; es wäre denn, daß die Annahmeerklärung nicht zur Kenntnis des Antragenden zu gelangen braucht (§§ 130, 151, 152 BGB.; vgl. Exkurs zu § 361 Anm. 4 ff., 24, 66 ff., 75 ff.; JW. 02, Beil. 190 und wegen des Abschlusses durch Vertreter JW. 01, 657[20]; RG. 18, 25; 59, 336; für das alte Recht, wonach der Abschluß zeitlich und örtlich auf den Augenblick der Absendung der Annahmeerklärung zurückwirkte, vgl. ROHG. 7, 11; RG. 34, 140 u. Cosack BGB. I § 59 III 7). Beim Bürgschaftsvertrag erfolgt nach obigem Grundsatz der Abschluß daher an dem Ort der Empfangnahme der Bürgschaftsurkunde, weil hier in stillschweigender Empfangnahme eine stillschweigende Annahme zu liegen pflegt (RG. 57, 66; 62, 380; vgl. § 349 Anm. 2 u. 4).

Anm. 15. d) Der Erfüllungsort braucht kein einheitlicher zu sein, er kann vielmehr für beide Teile verschieden sein (oben Anm. 9). Der § 269 BGB. gilt auch für zweiseitige Verträge. Freilich tritt bei zweiseitigen Verträgen dadurch ein Mißstand ein, daß nun nicht abzusehen ist, wie der Vertrag denn eigentlich zum Vollzuge gelangen soll. Der Verkäufer genügt ja seiner Übergabepflicht nach § 447 BGB. an seinem Wohnort durch Ausfolgung an den Transportunternehmer, während der Käufer erst nach Ankunft der Ware an ihrem Bestimmungsort bei der Ablieferung daselbst oder an seinem Wohnort nach § 433 Abs. 2 BGB. abzunehmen hat (RG. 49, 76; JW. 04, 46[16]). Denn jeder Teil hat nach § 269 BGB. dort zu erfüllen, wo er wohnt. Nach § 320 BGB. kann aber jeder Teil die ihm obliegende Leistung so lange ver-

Digitized by Google

weigern, bis der andere die Gegenleistung bewirkt. Wie kommen denn nun die Parteien zusammen? Eine gesetzliche Regel hierfür gibt es nicht. Die Lösung liegt darin, daß der, dem an der Gegenleistung am meisten liegt, die Leistung dem anderen Teil an dessen Erfüllungsort hinbringt und nunmehr Zug um Zug die Gegenleistung verlangt. Mehr kann er auch im Wege des Prozesses nicht erzielen (§ 322 BGB.). Handelt es sich um die Zug um Zug zu vollziehende Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen infolge der Wandelung, so wird im Zweifel als gemeinsamer Erfüllungsort der Ort zu gelten haben, an dem der Käufer dem Verkäufer die Kaufsache zurückzugeben hat (vgl. RG. 55, 112). Bei vielen Verträgen ist die Schwierigkeit dadurch gehoben, daß der eine Teil nach der Verkehrssitte die Übersendungspflicht hat und zwar als Vorleistung und so, daß der andere Teil nicht eher zu erfüllen hat, als bis die Ware ihm an seinem Wohnsitz übersendet und dort zur Prüfung vorgelegt ist (vgl. unten zu II). Durch die Übersendungspflicht allein wird aber der Erfüllungsort nicht geändert (vgl. unten zu II). Exk. zu § 372.

e) Die Vorschrift des § 269 BGB. bezieht sich auf alle Arten von Schuldverhältnissen, also nicht nur auf Handelsgeschäfte, wie der frühere Art. 324; nicht nur auf Verträge, wie die Stellung im System ergibt, sondern auf alle Schuldverhältnisse, auch auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung, bei denen sich oft jedoch aus der Natur des Verhältnisses etwas anderes ergeben wird (oben Anm. 5); wie auf Ansprüche auf Unterlassungen (RG. 51, 312; JW. 03 Beil. 5). Anm. 16.

Was insbesondere die Vertragspflichten angeht, so bezieht sich die Vorschrift nicht nur auf die Hauptverpflichtung, sondern auch auf die vereinbarte Vertragsstrafe, auch auf die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzung der Vertragspflichten. Auch diese sind dort zu erfüllen, wo die Hauptverpflichtung zu erfüllen ist (RG. 3, 385; 7, 430; 10, 80; 15, 435; RG. in DJZ. 3, 269; Bolze 20 Nr. 731a; vgl. JW. 03, 184[47]). Dasselbe gilt von der Pflicht zur Rechnungslegung wie überhaupt von allen Nebenverpflichtungen, solange diese nicht zu einer selbständigen Verbindlichkeit, z. B. durch Wegfall des Erfüllungsanspruchs, geworden sind (RG. 32, 432); so z. B. für Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung; denn streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 CPO. ist die Erfüllungspflicht. Der Ersatzpflicht ist aber an dem Orte zu genügen, wo die streitig gebliebene Erfüllungspflicht zu erfüllen ist (RG. 32, 432; 40, 408; JW. 01, 397[5]; RG. in Recht 05, 164[683]). Dagegen ist der vertragliche Erfüllungsort, (an dem also der Verkäufer zu liefern, der Käufer Zahlung zu leisten hat), nicht für die aus der Wandelung sich ergebenden Ansprüche auf Zurücknahme der Ware gegen Ersatz der Frachtkosten maßgebend. Hier ist ein einheitlicher Gerichtsstand an dem Orte gegeben, an dem die Zurücknahme der Ware gegen Ersatz der Frachtkosten zu erfolgen hat; das ist der Ort, an dem sich die Ware zur Zeit der Klageerhebung befunden hat. Dort ist der Erfüllungsort für die Zurücknahme. Der Ersatzanspruch ist eine Nebenverpflichtung, die der Hauptverpflichtung folgt (RG. 31, 383; 50, 272; 55, 112; 57, 14). Handelt es sich um mehrere verschiedenartige, ihrer Natur nach nicht an demselben Ort zu erfüllende Verpflichtungen, so kommt es darauf an, wo die ursprüngliche vertragliche Verpflichtung zu erfüllen war, um deren Nichterfüllung es sich handelt. So ist z. B. bei Verbindung mehrerer, von mangelhafter Vertragserfüllung abhängiger Rechtsfolgen (Rückforderung des bezahlten Kaufpreises, Anerkennung, daß der Rest nicht geschuldet werde, Rücknahme der Kaufsache und Schadensersatz) Erfüllungsort und Ort des Gerichtsstandes der Wohnort des wegen mangelhafter Vertragserfüllung Belangten (RG. 27, 393; 31, 383; 52, 54). Die Pflicht zur Abnahme der Kaufsache (§ 433 Abs. 2 BGB.) ist eine selbständige Verbindlichkeit und hat ihren selbständigen Erfüllungsort und zwar am Wohnort des Käufers (RG. 53, 161). Dieser Erfüllungsort ändert sich beim Gattungskauf nicht dadurch, daß der Käufer die Abnahme verweigert und die Ware zurückgehen läßt (RG. 49, 76). Handelt es sich aber um Zahlung des Kaufpreises und zugleich um Abnahme, so wird die Abnahmepflicht Nebenverbindlichkeit; es besteht nur der einheitliche Erfüllungsort und Gerichtsstand, der für Zahlung des Kaufpreises gegeben ist (RG. 49, 76; 55, 107; 56, 141).

Digitized by Google

Exk. zu § 372. Anm. 17.

f) Bezieht sich der Erfüllungsort nur auf das Verhältnis zwischen den Vertragschließenden selbst, oder hat auch der Bürge an dem Erfüllungsort des Schuldners zu erfüllen? Es ist bereits oben Anm. 10 erörtert, daß der Bürgschaftsvertrag neben der Hauptschuld als ein selbständiges Rechtsgeschäft besteht, obgleich der Bürge in demselben Umfange wie der Hauptschuldner haftet (vgl. § 349 Anm. 11). Diese Haftung betrifft den Gegenstand und Inhalt der verbürgten Leistung, rechtfertigt für sich aber nicht den Satz, daß der Bürge an dem Erfüllungsort des Hauptschuldners leisten müsse. Es kommt vielmehr darauf an, welcher Ort im Bürgschaftsvertrag bestimmt oder nach dem Parteiwillen oder nach der Natur der Bürgschaft als deren Erfüllungsort anzusehen ist (RG. 10, 283; 34, 17; 54, 315; JW. 93, 99[22]). Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so hat der Bürge dort zu erfüllen, wo er zur Zeit der Bürgschaftsübernahme seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen Wohnsitz hatte (RG. 34, 17; 62, 380; JW. 02, 219[26]). Daß der Bürge das Geld an einen andern Ort zu senden hat, ändert nichts (hierüber unten III). Hat aber der Hauptschuldner einen besonderen Zahlungsort vereinbart, so hat der samtverbindlich haftbare Bürge gleichfalls dort zu erfüllen (RG. 10, 284; 34, 18; Bolze 21 Nr. 234; ähnlich Dernburg II 2 § 287 I; in II 1 § 51 II jedoch mit der Erweiterung, daß der im Schuldvertrag vom Hauptschuldner vereinbarte Leistungsort immer auch als Leistungsort des Bürgen gelten soll). In der 6./7. Aufl. und von Staub in seinen hinterlassenen Papieren war, ähnlich wie in Gruch. 45, 219, unter Bekämpfung Türk's in Gruch. 44, 837 und 46, 49 die Ansicht vertreten, daß der Bürge immer am Erfüllungsort des Hauptschuldners zu leisten habe, und zwar gestützt darauf, daß Gegenstand, Inhalt und Umfang der bürgschaftlichen Verpflichtung sich nach der Verpflichtung des Hauptschuldners richtet (vers. Meinung Oertmann § 767 Nr. 2a; hierüber oben Anm. 10).

Der zahlende Bürge kann, da er in die Rechte des Gläubigers eintritt, von seinen Mitbürgen dort Ersatz verlangen, wo der Gläubiger Zahlung begehren könnte, also bei selbstschuldnerischer Bürgschaft an dem Erfüllungsort des Hauptschuldners (RG. 30, 299).

Anm. 18. g) Der § 269 BGB. bestimmt zunächst allerdings nur die Ortschaft, in welcher zu erfüllen ist. Aber auch innerhalb der Ortschaft braucht der Schuldner nur dort zu erfüllen, wo er seine Wohnung oder sein Geschäft hat. Daraus ergibt sich, daß bei Platzgeschäften jeder Teil in seiner Wohnung bzw. in seiner gewerblichen Niederlassung zu erfüllen hat (ROHG. 6, 362; Regelsberger in Endemann Handb. II 507). Darüber, wie Käufer und Verkäufer in diesem Falle zusammenkommen, siehe oben Anm. 15, unten Anm. 47. Überall sind Ortsgebräuche und Verkehrssitte von Bedeutung. Hiernach hat ein Händler von Brennmaterial, der sich zur Anfuhr mit seinen eigenen Pferden und Leuten verpflichtet, regelmäßig in den Geschäfts- oder Wohnräumen des Käufers zu erfüllen (KG. in SeuffA. 59, 263; unten Anm. 32 u. 47).

Anm. 19. 2. **Die gesetzliche Regel ist, daß die Leistung an dem Orte zu erfolgen hat, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte, bei gewerblichen Schulden dort, wo er seine gewerbliche Niederlassung hatte.**

a) An dem Orte. Ort ist gleich Ortschaft. Doch ist auch an dem Punkte im Orte zu erfüllen, wo die Wohnung des Schuldners oder das Geschäft sich befindet. Der Paragraph ist daher auf Platzgeschäfte auszudehnen (vgl. oben Anm. 18).

Anm. 20. b) Wo der Schuldner seinen Wohnsitz, bei gewerblichen Schulden, wo er seine gewerbliche Niederlassung hatte. Zur Begründung des Wohnsitzes (§ 7 BGB.; § 13 CPO.) genügt der Wille, vorerst dauernd am Orte der Niederlassung zu bleiben, sollte auch von Anfang an die Absicht bestanden haben, den Wohnsitz später zu verlegen (RG. 15, 367; 29, 24; JW. 84, 274). Der Gewerbebetrieb allein begründet den Wohnsitz noch nicht, wenn der Gewerbebetreibende an einem andern Orte eine eingerichtete Wirtschaft und einen Wohnsitz hat. Wohl aber sind mehrere Wohnsitze vorhanden, wenn jemand abwechselnd bald an dem einen bald an dem andern Orte sich aufhält oder sein Gewerbe betreibt (RG. 30, 350). Unter dem Wohnsitz ist bei juristischen Personen der Sitz zu verstehen (§ 24 BGB.), und

Digitized by Google

zwar der satzungsmäßige Sitz, nicht der davon abweichende Ort der Verwaltung (RG. 59, 108). — Unter der Niederlassung ist der Ort zu verstehen, von dem die Gewerbeleitung des Ganzen ausgeht (§ 29 Anm. 2). Der Abs. 2 des § 269 BGB. ist nicht so zu verstehen, daß der Schuldner an seiner Niederlassung zu leisten habe, als ob daran gedacht wäre, daß der Schuldner nur eine (seine) Niederlassung haben könne. Der Nachdruck liegt vielmehr darauf, daß der Schuldner an seiner gewerblichen Niederlassung leisten muß. Daher sind Haupt- und Zweigniederlassung hier gleichbedeutend (RG. 44, 362). So hat ein Börsenmakler seine Handelsniederlassung am Ort der Börse, aber nicht etwa jeder die Börse besuchende Kaufmann. Über den Verkaufsstand in einer Markthalle vgl. § 29 Anm. 2 und über den Begriff einer Zweigniederlassung § 13 Anm. 3. Auch in einem Gasthof kann ein Wohnsitz sein; es besteht dort ein Wohnsitz, wenn der Bewohner der Räume derart über sie verfügen kann, daß daraus der Schluß auf dauernde Beibehaltung zu ziehen ist (PrVerwBl. 25, 559). Unter einer Niederlassung ist also nicht nur die Handelsniederlassung, sondern jede gewerbliche Niederlassung zu verstehen, also z. B. auch die Geschäftsstelle eines Landwirts oder eines nicht eingetragenen Bauunternehmers, nicht auch die Anstaltsstätte eines Arztes, der eine nicht gewerblichen, sondern wissenschaftlichen Zwecken dienende Heilanstalt leitet, nicht das Bureau eines Rechtsanwalts. Ist der Schuldner ein Kaufmann, so ist es seine Handelsniederlassung, und das ist der Ort, von welchem aus der Kaufmann sein Unternehmen kaufmännisch leitet, nicht der Ort, an welchem er fabriziert, oder wo die Waren lagern (ROHG. 16, 52), oder wo die Bücher geführt werden. Von mehreren Niederlassungen ist die Erfüllungsort, in deren Betriebe die Schuld eingegangen ist. Die gewerbliche Niederlassung ist überhaupt nur dann Erfüllungsort, wenn die Schuld in dem betreffenden Gewerbebetriebe entstanden ist. Hierfür greift für Handelsgeschäfte auch die Vermutung des § 344 Platz; bei sonstigen gewerblichen Schulden ist die gleiche Vermutung gerechtfertigt (Anm. 7 zu § 344). Exk. zu § 372.

Die Frau teilt den inländischen Wohnsitz ihres Mannes, sollte sie auch tatsächlich von ihm getrennt leben und ihm in seinen Wohnsitz nicht zu folgen brauchen. Nur dann kann die Frau selbständig einen Wohnsitz begründen, wenn der Ehemann nach Schließung der Ehe einen Wohnsitz an einem Orte begründet, wohin ihm die Frau nicht zu folgen braucht und auch wirklich nicht folgt (§§ 10, 1354 BGB.). Ihre volle Selbständigkeit in der Wohnsitzbegründung erlangt die Frau nur durch Scheidung oder durch die der Wirkung nach ihr gleichgestellte Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach § 1575 BGB. (vgl. §§ 1564, 1586 BGB.; RG. 59, 337).

c) Die Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses ist maßgebend. Bei bedingten oder betagten Forderungen ist der Abschluß des Vertrages, nicht der Eintritt der Bedingung oder der Frist entscheidend. So mit Recht Dernburg II 1 § 54 I; anders Planck § 261 Bem. 2. Anm. 21.

d) Mehrere Einzelfragen. Anm. 22.

α) Hatte der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses keinen Wohnsitz, so tritt sein damaliger Aufenthalt an die Stelle (Mot. 2, 34ff.; Dernburg II 1 § 52 III 3; Oertmann § 269 Anm. 3; vgl. § 16 CPO.).

β) Hatte der Schuldner mehrere Wohnsitze (und kommt keine gewerbliche Niederlassung in Betracht), so hat er die Wahl (Planck § 269 Anm. 4; Schollmeyer § 269 Bem. 3; Oertmann § 269 Anm. 1; Dernburg II 1 § 52 III 1). Kuhlenbeck (Anm. 4) und Szolny-Caro (Anm. 2) geben dem Gläubiger die Wahl, weil es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Gläubiger mit seiner Klage abgewiesen würde, wenn er bei einem der dem Schuldner zustehenden Erfüllungsorte klagt. Allein dieser Mißstand tritt nicht ein. Denn nach § 29 CPO. hat der Gläubiger das Recht, dort zu klagen, wo der Schuldner zu erfüllen hat. Darf der Schuldner an zwei Orten erfüllen, so darf der Gläubiger an zwei Orten klagen (JW. 98, 257[1]). Anders, wenn der Schuldner sein Wahlrecht bereits geltend gemacht, also gewählt hat. Von diesem Zeitpunkte an besteht nur noch ein Erfüllungsort, nämlich der gewählte (ROHG. 15, 130). Anm. 23.

Digitized by Google

Exk. zu § 372. Anm. 24.

γ) Späterer Wechsel des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung ändert an dem einmal begründeten Erfüllungsorte nichts. Doch kann es Fälle geben, in denen die Interessen des Gläubigers nicht berührt werden, wenn der Schuldner an seinem jetzigen Wohnsitze erfüllt. Dann steht ihm dieses Recht zu (Dernburg II 1 § 52 III 4).

Anm. 25.

δ) Auch wenn es sich um die Übergabe einer bestimmten Sache handelt, gelten alle diese Regeln. Der Art. 324 des alten HGB. hatte für diesen Fall den Ort der belegenen Sache zum gesetzlichen Erfüllungsort gemacht. Das neue Recht sieht davon ab. Als gesetzliche Regel ist daher daran festzuhalten, daß auch in diesem Falle der Wohnort oder die gewerbliche Niederlassung des Schuldners Erfüllungsort ist (vgl. RG. 49, 76 für den Gattungskauf). Nur wird hier allerdings sehr häufig aus den Umständen zu entnehmen sein, daß am Orte der belegenen Sache zu erfüllen ist (Planck Anm. 1; Oertmann Anm. 1; anders Dernburg II 1 § 52 II 3, der den alten Satz als „Gerichtsregel" noch weiter gelten lassen will, weil er aus der Natur der Sache folge; das kann aber nicht allgemein gesagt werden).

Anm. 26.

ε) Dagegen wird bei Inhaber- und Orderpapieren und sonstigen Präsentationspapieren der Wohnsitz bzw. die gewerbliche Niederlassung des Schuldners als Erfüllungsort gelten müssen, obgleich eine dahingehende gesetzliche Regel, wie sie aus Art. 324 des alten HGB. zu entnehmen war, nicht aufgenommen ist. Es folgt dies aber aus der Natur des Verhältnisses (Dernburg II 1 § 52 II 5). Vgl. unten Anm. 50.

Anm. 27.

ζ) Wird durch den Verzug der Erfüllungsort geändert? Dies ist zu verneinen. Das RG. hat zwar nach früherem Recht angenommen, daß der Verzug des Schuldners den Erfüllungsort dann ändere, wenn der Gläubiger dabei mitzuwirken habe, daß der Schuldner an seinem Erfüllungsort leiste, wie z. B. bei einem Orderpapier. Habe der Gläubiger dieses einmal dem Schuldner an seinem Wohnsitze vorgezeigt, dieser aber nicht eingelöst, so brauche der Gläubiger nicht noch einmal die Handlung vorzunehmen, welche die Vorlegung erfordere (Bolze 2 Nr. 775c). Dem kann aber nach erneuter Erwägung nicht beigetreten werden. Aus den Erwägungen des RG. folgt allerdings, daß der Gläubiger nicht noch einmal vorzulegen braucht. Daraus folgt weiter, daß der Schuldner nunmehr die geschuldete Sache dem Gläubiger an seinen Wohnsitz zu senden hat, und zwar auf seine Kosten und Gefahr. Alles das kann zugegeben werden. Aber daraus folgt noch immer nicht, daß der Erfüllungsort der Obligation sich ändert. Dieser stellt eine besondere Eigentümlichkeit des Schuldverhältnisses dar. Nach ihm richtet sich das anzuwendende Recht, der Münzfuß, das Maß, das Gewicht, die für das Maß und die Art der Verpflichtung maßgebenden Gebräuche (oben Anm. 8). Diese Eigenheit gehört zum Wesen der Obligation, die sich durch den Verzug nicht ändert (JW. 00, 48[6]). Aus dem Verzuge folgt nichts weiter, als daß der Schuldner dem Gläubiger alles Interesse zu ersetzen hat (§ 286 BGB.). Das Interesse des Gläubigers ist genügend gewahrt, wenn man annimmt, daß der Schuldner nunmehr die Sache dem Gläubiger zu senden hat und zwar auf seine Kosten und auf seine Gefahr. Aber aus § 269 Abs. 3 und § 270 BGB. ergibt sich, daß der Erfüllungsort dadurch noch nicht notwendig ein anderer wird, daß der Schuldner die Pflicht hat, die geschuldete Sache dem Gläubiger auf seine Kosten und Gefahr zu übersenden. Das ist eine Nebenverpflichtung des Schuldners (RG. 34, 66; Schollmeyer § 269 Anm. 6; unten Anm. 31).

Hat der Käufer die Ware (nach deren Übersendung; unten Anm. 46) an den Verkäufer wieder zurückgeschickt, oder ist die Absendung der Ware infolge ernstlicher Annahmeweigerung des Käufers oder, was dem gleichsteht, infolge Nichtanerkennung des Abschlusses seitens des Käufers nach gehörigem wörtlichen Anbieten (§ 295 BGB.) unterblieben, so verliert der Käufer den Anspruch auf Übersendung. Der Verkäufer kann dann an dem Erfüllungsort des Käufers (RG. 49, 72) auf Abnahme der bei ihm lagernden (ausgeschiedenen) Ware, oder auf Zahlung und Abnahme klagen oder zum Selbsthilfeverkauf nach § 373 schreiten (RG. 50, 208); beim Zahlungsverzug auch nach § 326 BGB. verfahren. Die (nochmalige)

Digitized by Google

Übersendung kann er wegen ihrer Zwecklosigkeit unterlassen, braucht auch nicht nochmals anzubieten. Dem Verlangen des Käufers auf Übersendung muß er jedoch Folge leisten (unten Anm. 57), wenn dieses Verlangen überhaupt noch erfüllt werden kann. — Ist der Gläubiger in Verzug, so ändert sich dadurch der Leistungsort ebenfalls nicht. Ist dieser am Wohnsitz des Gläubigers, so hat der Schuldner noch einmal zu tun, was erforderlich ist, um dort zu erfüllen. Er kann nur nach § 304 BGB. den Ersatz der Mehraufwendungen für das vergebliche Angebot, für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes verlangen. Will er der Wiederholung des Angebots entgehen, so mag er den geschuldeten Gegenstand hinterlegen (§ 372 BGB.) und nach § 383 BGB. versteigern lassen. Mit dem Erfüllungsorte hat das alles nichts zu tun; der Erfüllungsort für den Verkäufer bleibt seine gewerbliche Niederlassung, für die Abnahmepflicht des Käufers dessen Niederlassung (oben Anm. 9 u. 13; RG. 49, 72; 32, 405; unten Anm. 42 u. 47). Exk. zu § 372.

3. **Der gesetzliche Erfüllungsort kann durch Vereinbarung abgeändert werden.** Anm. 28.

a) Die Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Letzteres liegt dann vor, wenn sich aus dem Gegenstand, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, ein vom gesetzlichen abweichender Erfüllungsort als gewollt ergibt (RG. 13, 412). Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte spielen dabei eine große Rolle.

b) Verschiedene Arten von abweichenden Vereinbarungen über den Erfüllungsort. Anm. 29.

α) Auf Geschäftsgebrauch und auf der Natur des Verhältnisses beruhen mannigfache Abweichungen. Aus der Natur des Geschäfts ist in ROHG. 11, 312 geschlossen worden, daß, wenn Kamine beim Käufer aufgestellt werden sollen, der Wohnort des Käufers als Erfüllungsort für den Verkäufer gelten soll. Dasselbe wird man überall annehmen müssen, wo Gegenstände nicht nur geliefert, sondern aufgestellt und eingefügt werden müssen (vgl. ROHG. 11, 312; Bolze 8 Nr. 353; RG. 41, 361 am Schlusse). In RG. 10, 93 ist angenommen worden, daß bei Kohlenlieferungsverträgen, wenn ein einheitlicher fester Preis vereinbart und dem Käufer überlassen ist, zu bestimmen, wohin die einzelnen Partien Kohlen zu transportieren sind, der Förderungsort (die Grube) für den Verkäufer im Zweifel als Erfüllungsort anzusehen ist. In RG. 16, 3 wird ausgesprochen, daß beim Verkauf einer schwimmenden Ladung der Ort, an welchem der Ladeschein ausgehändigt werden soll, der Erfüllungsort für den Verkäufer sei. (Andere Beispiele RG. 3, 112; 12, 36: Im Verhältnis von Auftraggeber und Beauftragtem ist der Ort, an dem der Auftrag ausgeführt wird, der Erfüllungsort, z. B. im Verhältnis zwischen den Kommittenten und dem Bankier ist der Wohnsitz des Bankiers maßgebend; RG. 23, 413; Gruch. 44, 871; näheres in der Lehre von der Kommission.) Im Geschäftsverkehr des kreditsuchenden Privaten mit dem kreditgewährenden Bankhaus ist in den Geschäftsräumen des letzteren zu erfüllen (ROHG. 21, 290; vgl. JW. 03 Beil. 137[301]: Überweisung auf Girokonto). Auch wenn nicht „ab Fabrik" verkauft ist, die Parteien aber wissen, wo die Fabrik sich befindet, und daß die Ablieferung regelmäßig von dort aus geschieht, wird man nach der Absicht der Vertragschließenden die Fabrik als Erfüllungsort für den Verkäufer annehmen müssen (Hahn § 3 Note 5 zu Art. 324; ROHG. 16, 52; 10, 175; RG. 10, 93). Über den Erfüllungsort beim Lager- und Bankverwahrungsgeschäft s. Exk. zu § 424.

β) Über die Auslegung der getroffenen Vereinbarungen ist zu sagen: Anm. 30.

αα) Die Vereinbarung eines abweichenden Erfüllungsortes wird dann nicht gelten können, wenn sie mit der Natur des Schuldverhältnisses in unlöslichem Widerspruch steht. Der Erfüllungsort wird nämlich häufig gar nicht um des Erfüllungsortes wegen vereinbart. Die Parteien wissen oft gar nicht, was damit gemeint ist, und meinen damit gar nichts. Aber der eine Teil beabsichtigt, auf diesem Wege den Gerichtsstand an seinem Wohnsitze zu begründen. Und in dieser Absicht werden oft die sonderbarsten Vereinbarungen über den Erfüllungsort getroffen oder vielmehr in die Vertragsformulare hineingedruckt. Um diesem Unwesen zu steuern, hat das Reichsgericht hervorgehoben, daß Erfüllungsortsvereinbarungen, die mit der Natur des Schuldverhältnisses

Digitized by Google

Erl. zu § 372.

in unlöslichem Widerspruch stehen, unbeachtlich sind. Wenn z. B. vereinbart ist, daß eine Maschine zu liefern und in der Fabrik des Bestellers aufzustellen und dort einzufügen ist, Zug um Zug gegen die vollendete Leistung des Maschinenlieferanten aber die Zahlung zu erfolgen hat, und in einem solchen Vertrage weiter bestimmt wird, daß der Wohnsitz des Lieferanten Erfüllungsort für den Käufer ist, so wird diese Klausel als bedeutungslos erachtet werden müssen (OLG. Dresden, OLGR. 8, 24; vgl. RG. 41, 361 a. E.; der in dieser Entscheidung ex professo behandelte Fall, daß ein Mietsvertrag über eine Maschine abgeschlossen und dabei vereinbart wurde, „Erfüllungsort Wohnsitz des Vermieters", führt allerdings nicht dazu, mit dem RG. die Klausel für die Zahlungspflicht des Mieters für ungültig zu erklären, da dieser sich sehr wohl verpflichten konnte, am Wohnsitz des Vermieters zu bezahlen). Der Vereinbarung eines besonderen Erfüllungsorts widerspricht die Abrede, daß für den Kaufpreis ein auf den Käufer zu ziehender Wechsel von diesem zu akzeptieren sei, nicht; denn die Kaufpreisschuld wird noch nicht durch Hingabe des Akzepts, sondern erst durch Zahlung der Wechselsumme getilgt (RG. 31, 110; vgl. oben Anm. 6 u. 13).

Anm. 31. ββ) Eine besondere Auslegungsregel gibt Abs. 3 unseres Paragraphen: Aus dem Umstande allein, daß der Schuldner der Sache die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, daß der Ort, wohin die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll, und zwar auch dann nicht, wenn die Konnossemente erst am Ablieferungsort übergeben werden sollen (RG. 50, 271; JW. 92, 152[11]). Infolgedessen ist auch in der Klausel cif (cost, insurance, freight), die die Übernahme der Versicherung und Fracht bedeutet, keine Abänderung des gesetzlichen Erfüllungsortes enthalten; der Bestimmungsort wird dadurch noch nicht zum Erfüllungsort (ROHG. 13, 438; Bolze 1 Nr. 1076; JW. 02, 609[18]; vgl. § 346 Anm. 17). Dasselbe gilt von der „fob"klausel (hierüber § 346 Anm. 17), von den Klauseln „frei hier" (ROHG. 14, 168), „franko Waggon" (ROHG. 11, 314; 10, 176) und von den Klauseln „franko Bahnhof", „franko ab Bahnhof". Diese Klauseln sind nur für die Tragung der Transportkosten, also für die Preisberechnung bestimmt (ROHG. 16, 16; 17, 10). Das Gegenteil folgt nicht etwa daraus, daß der Käufer die Ware nur gegen Zahlung der Fracht ausgeliefert erhält, und daß den Verkäufer die Ablieferungspflicht trifft (Seuffa. 60, 435). Die Umstände können allerdings im einzelnen Fall einen andern Parteiwillen ergeben; denn es ist nicht zu verkennen, daß die Worte „frei Breslau" oder „frei Bestimmungsort" häufig nicht nur die Tragung der Versendungskosten, sondern auch die Übernahme der Gefahr durch den Verkäufer nach den Handelsanschauungen bedeuten (vgl. Dove-Apt 215; Rosenfeld Nr. 456; Zander-Lehmann Nr. 85). Hinsichtlich der Übernahme der Versendung überhaupt in ihrer Bedeutung für die Abänderung des Erfüllungsortes siehe unten Anm. 32, 53 u. 55 u. oben Anm. 27.

Anm. 32. γγ) Andere Auslegungsfragen. Die Worte „ab Fabrik" bedeuten eine Verschiebung dahin, daß nicht die Handelsniederlassung, sondern die Fabrik des Verkäufers oder seines Lieferanten für ihn Erfüllungsort ist (RG. 34, 66). Die Vereinbarung „lieferbar ab Station X — Kasse" bedeutet nicht, daß der Kaufpreis bei Übergabe der Ware in Station X (Erfüllungsort des Verkäufers) zu zahlen ist (RG. 30, 413); denn der Käufer muß die Ware auch vor der Zahlung prüfen können (unten Anm. 46). Die Bestimmung „ausgeliefertes Gewicht garantiert" besagt nur, daß der Preis nach dem Ladegewicht berechnet werde, ohne etwas am Erfüllungsort zu ändern (OLG. Kiel, OLGR. 7, 154). „Bis Station Lemberg" bedeutet nicht, daß erst in Lemberg zu erfüllen sei (OG. Wien, Adler-Clemens Nr. 496). Die Worte „zahlbar in Berlin" im Bestellschein bedeuten, daß der Käufer seine Zahlungspflicht in Berlin zu erfüllen habe (KG. in KGBl. 93, 88 u. 01, 52; vgl. OG. Wien, Adler-Clemens Nr. 403, 422, 952). Auch der Domizilvermerk auf dem Wechsel bedeutet für die zugrundeliegende Schuld die Vereinbarung eines Zahlungs- oder Erfüllungsorts (Staub, WO. § 31 zu Art. 83). — Die Übernahme der Versendungskosten ist, wie in Anm. 27 u. 31 gezeigt, für sich allein noch nicht die Abänderung des gesetzlichen Erfüllungsortes

Digitized by Google

Um so weniger liegt in der Übernahme der Versendung überhaupt, d. h. in der Übernahme der Tätigkeit des Versendens, sei es durch Handelsgebrauch oder durch Vereinbarung, die Veränderung des gesetzlichen Erfüllungsortes. In solchem Falle hat eben der Schuldner die Ware zu versenden; aber erfüllt hat er schon an seinem Wohnsitze (RG. 1, 283; 34, 66; JW. 04, 46[16]). Die Übernahme der Transportgefahr und der Kosten der Transportversicherung soll nach RG. 3, 112 in dieser Hinsicht schon von größerem Gewicht sein. Unbedingt entscheidend ist auch dies nicht, wie § 270 BGB. ergibt. Auch dadurch, daß eine bestimmte Eigenschaft der Ware bei Ankunft am Bestimmungsorte garantiert ist, ist der Bestimmungsort noch nicht zum Erfüllungsort geworden (Bolze 5 Nr. 474). Auch die Übernahme der Versendung durch die eigenen Leute, das eigene Personal, bedeutet nicht notwendig, daß erst mit der Ablieferung, also am Ablieferungsorte, erfüllt ist. Daß der Versender in solchem Falle für seine Leute gemäß § 278 BGB. zu haften und den durch diese *schuldhafterweise* auf dem Transporte verursachten Schaden zu ersetzen hat, ändert daran nichts. Denn hier handelt es sich um das Einstehen für *zufälligen* Schaden (vgl. oben Anm. 18 und unten Anm. 47). Über den Einfluß des Zeitpunkts der Kaufpreiszahlung s. unten Anm. 43 ff. Erl. zu § 372.

γ) *In welcher Weise kann die Vereinbarung des abweichenden Erfüllungsortes erfolgen?* Jede Art der Vereinbarung genügt. Die Abrede kann ausdrücklich erfolgen, aber auch auf schlüssigen Handlungen, Geschäftsgebrauch usw. beruhen. Anm. 33.

aa) **Vorbehaltlose Annahme der Faktura.** Liegt die Vereinbarung eines von dem gesetzlichen abweichenden Erfüllungsortes in der vorbehaltlosen Annahme der Faktura, die einen diesbezüglichen Vermerk enthält? Der Fall ist außerordentlich häufig. Die Lieferanten suchen durch solche Vermerke den Erfüllungsort zu verschieben, weniger um des Erfüllungsortes selbst, als um der dadurch veränderten Zuständigkeit des Gerichts willen. Ihren eigenen Wohnsitz suchen sie auf diese Weise zum Erfüllungsort zu machen, damit sie an dem Gerichte ihres Wohnsitzes klagen können, wenn der Käufer nicht erfüllt. Jene Frage ist aber zu verneinen; das RG. hat sich stets für die Verneinung entschieden und dem einseitigen Vermerke in der Faktura die Bedeutung abgesprochen. Denn die Faktura wird übersendet *nach* Abschluß des Geschäfts. Zur Zeit der Versendung der Faktura ist das Geschäft mit den vereinbarten Bedingungen und, soweit keine vereinbart sind, mit den aus den Gesetzen sich ergebenden Bedingungen abgeschlossen. War hinsichtlich des Erfüllungsorts nichts vereinbart, so gilt der gesetzliche Erfüllungsort für beide Teile und der Verkäufer kann durch einseitige Vermerke in der Faktura diese perfekte Vertragsbedingung nicht mehr ändern. Der Besteller kann die Faktura insoweit unbeachtet lassen, als sie Vermerke enthält, die den vereinbarten oder den als vereinbart geltenden Vertragsbedingungen widersprechen. Zur Erhebung eines Widerspruchs erscheint er nicht verpflichtet; durch vorbehaltslose Annahme der Faktura vergibt er sich nichts (ROHG. 5, 32; 22, 144; RG. 5, 394; 52, 133; Bolze 12 Nr. 272; 18 Nr. 447; RG. in SächsA. 6, 647; JW. 99, 482[4]; 03 Beil. 15[22]; Hanauseck, Faktura und Fakturaklauseln, Wien 1891). Das Stillschweigen schadet hier also nicht (hierüber § 346 Anm. 14). Auch dadurch, daß während einer dauernden Geschäftsverbindung fortgesetzt Fakturen mit solchen Vermerken übersandt und vorbehaltslos angenommen wurden, wird der Erfüllungsort nicht geändert. Der Kunde hat nicht die Verpflichtung, bei neuen Geschäftsabschlüssen den Erfüllungsort zur Sprache zu bringen, und es liegt kein Anlaß zur Annahme vor, er habe dadurch, daß er dies nicht getan, stillschweigend seinen Willen zu erkennen gegeben, daß er den abweichenden Erfüllungsort zur Vertragsgrundlage mache (RG. 52, 135; 59, 351; RG. in Holdheim 7, 276 u. 12, 165; Bolze 12 Nr. 642; JW. 03 Beil. 15[22] u. 252[159]). In vereinzelten Entscheidungen (nicht des Reichsgerichts) wurde bei jahrelangem Geschäftsverkehr der Fakturavermerk für verbindlich erachtet. Dieser Auffassung neigt sich auch Dernburg (II 1 § 52 Fußnote 1) zu. Allein, wenn der Käufer bei fortgesetzter Geschäftsverbindung den Fakturavermerk übersehen darf, so kann längerdauerndes Übersehen ebensowenig etwas ändern Anm. 34.

Digitized by Google

Exk. zu § 372. (JW. 03 Beil. 15[32]; Bolze 23 Nr. 349). Allerdings kann jahrelanges Entgegennehmen solcher Fakturen ein gewichtiges Glied in der Beweiskette bilden, wenn der Verkäufer mit der Behauptung auftritt, es sei ein bestimmter Erfüllungsort bei der Bestellung mündlich vereinbart worden (JW. 04, 341).

Es gelten die Regeln über Bestätigungsschreiben (unten Anm. 38), wenn die Faktura, die im Vordruck die Geschäftsbedingungen aufzählt, die Beilage eines Bestätigungsschreibens bildet, damit der Empfänger aus der Faktura die Vertragsbedingungen ersehe. Dann ist die Faktura Teil des Bestätigungsschreibens (RG. 57, 408).

Anm. 35. ββ) **Annahme einer Kommissionskopie.** Die Kommissionskopie wird von dem Reisenden oder dem sonstigen Vertreter des Geschäfts, der mit dem Kunden verhandelt hat, diesem unmittelbar nach dem Abschluß erteilt. Sie soll das Vereinbarte feststellen. Davon geht sicherlich der Verkäufer oder dessen Vertreter aus, der die Kommissionskopie (Kommissionsnote) überreicht, indem er für sich eine Abschrift oder die Urschrift zurückbehält. Aber auch der Käufer darf davon ausgehen, daß die Kommissionskopie diesem Zwecke dient und nicht neue, mündlich nicht vereinbarte Punkte enthält. Deshalb darf er den Inhalt der Kommissionskopie unbeachtet lassen. Durch vorbehaltslose Entgegennahme gibt er nicht zu erkennen, daß er zusätzliche oder gar abändernde Bestimmungen billige, sollte er auch von ihnen Kenntnis genommen haben (Bolze 23 Nr. 349; RG. bei Holdheim 9, 79; JW. 01, 621[14]; KG. in KGBl. 01, 52; OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 219). Der Grund der Unverbindlichkeit ist derselbe, wie bei den Fakturen. Daher ändert sich auch nichts, wenn lange Zeit hindurch immer Kommissionskopien des nämlichen Inhalts gegeben worden sind. Nur dann ändert sich die Sachlage, wenn besondere Umstände das Schweigen als Genehmigung erscheinen lassen (vgl. § 346 Anm. 14). Das ist z. B. der Fall, wenn Kaufleute bei längere Zeit hindurch getätigten Abschlüssen immer denselben Erfüllungsort vereinbart haben, und nun bei einem neuen Abschluß eine dieselbe Klausel enthaltende Kommissionskopie widerspruchslos angenommen wird (§ 346; KG. in KGBl. 01, 38; OLG. Hamburg DJZ. 8, 108). Wieder anders gestaltet sich die Sachlage, wenn der Reisende sich die Genehmigung seines Hauses vorbehält, was häufig durch den Vermerk „limit" auf der Kommissionskopie zum Ausdruck gebracht wird (Handelskammer Oppeln bei Zander, Gruch. 49, 577). Alsdann kommt es auf den nun folgenden Briefwechsel an.

Anm. 36. γγ) **Annahme eines Bestellscheins.** Der Bestellschein wird nicht nach Abschluß des Geschäfts, sondern vor Abschluß erteilt. Er enthält das Vertragsangebot des Bestellers, wenn der Antrag auch vom Verkäufer oder dessen Vertreter entworfen sein sollte. Meist verfährt der Verkäufer in der Weise, daß er das von ihm ausgefüllte Bestellscheinsformular dem Kaufliebhaber ausfolgt, damit dieser den Schein unterzeichne und nun als seinen Vertragsantrag an den Verkäufer zurückgebe. Die Annahme eines solchen Bestellscheins hat danach noch keine Bedeutung; auch durch seine Vollziehung vergibt sich der Kaufliebhaber noch nichts; wohl aber durch Rückgabe des von ihm vollzogenen Scheins. Denn die Gegenseite kann diesen Vertragsantrag annehmen und den Kaufvertrag damit zum Abschluß bringen. Der Kaufmann muß daher wissen, daß der Bestellschein die Grundlage für Ausführung des Vertrags bildet. Der Kaufmann kann sich nicht darauf berufen, daß er den Bestellschein nicht gelesen, den einen Erfüllungsort enthaltenden Vordruck übersehen habe. Denn ein Kaufmann ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verpflichtet, vor Erteilung seiner Unterschrift sich über den Inhalt des Bestellscheins zu vergewissern und dem Nichtgenehmigten ausdrücklichen Widerspruch entgegenzusetzen (RG. 54, 182; 57, 408; 58, 69). Der Kaufmann, der den von ihm unterzeichneten Bestellschein dem Reisenden des Verkäufers übergeben hat, kann sich auch nicht damit verteidigen, daß er bei Ausfolgung des Scheins an den Reisenden diesem erklärt habe, er kümmere sich um den Bestellschein nicht, er halte sich an den abgeschlossenen Vertrag (RG. 54, 182). Es würde dem § 416 CPO. und den § 346 HGB. sowie §§ 157,

Digitized by Google

242 BGB. widersprechen, wenn ein Kaufmann nicht den gesamten Inhalt der von ihm unterzeichneten Urkunde gegen sich gelten lassen und sich auf mündliche, mit seiner schriftlichen Erklärung im Widerspruch stehende Verwahrungen, Äußerungen oder Nebenabreden berufen wollte (RG. 52, 26; 57, 408; 58, 69; 59, 350). Auch Äußerungen der Reisenden in dem Sinn, daß der Bestellschein nur zur Feststellung der Warennummern unterzeichnet werde, ändern nichts, weil der Kaufmann erkennen muß, daß seine Unterschrift nicht nur zu diesem Zweck, sondern inhaltlich des Bestellscheins zur Abgabe einer Offerte verlangt worden ist (RG. in Holdheim 14, 237). Diese Grundsätze sind im wesentlichen nur Anwendungen allgemeiner Grundsätze, nämlich der Grundsätze über die Auslegung von Vertragsurkunden (hierüber § 350 Anm. 59 ff.) und von Willenserklärungen insbesondere (hierüber § 346, besonders Anm. 13 ff.). Hat danach ein Vermittlungsagent nicht abgeschlossen, also seine Vollmacht nicht überschritten (vgl. § 85 und Exk. zu § 85), dabei dem Käufer aber Zusicherungen gemacht, ohne sie zur Kenntnis des Verkäufers zu bringen, und hat dann der Verkäufer unmittelbar mit dem Käufer durch Übersendung eines Bestellscheins und Bestätigungsschreiben nach Einlauf des vollzogenen Bestellscheins abgeschlossen, so gelten nur die im Bestellschein aufgenommenen Bedingungen (vgl. RG. 60, 188; RG. in Holdheim 14, 162). Dies wird bedeutsam, wenn der Bestellschein den Vermerk enthält, daß andere Vereinbarungen nicht bestehen. Hätte der Verkäufer die Zusicherungen seines Agenten gekannt, so würde er allerdings gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er seiner gegenteiligen Auffassung im Bestätigungsschreiben keinen Ausdruck geben würde, obwohl er weiß, daß der Käufer auf die Gültigkeit der Zusagen des Agenten vertraut. Exk. zu § 372.

Enthält der vom Kunden unterschriebene Bestellschein die Vereinbarung eines Erfüllungsortes, so gilt dies regelmäßig auch dann, wenn der Besteller ein Nichtkaufmann ist. Ja es gilt sogar für alle späteren Geschäfte, wenn nichts besonderes ausgemacht wird (KG. in KGBl. 03, 5). Doch sind auch hier die Fälle oft so geartet, daß ein Erfüllungsort nicht vereinbart ist, obgleich der Bestellschein das Gegenteil besagt. Die Reisenden legen nämlich, nachdem sie durch ihre Überredungskunst die Geneigtheit zu einer Bestellung erreicht haben, einen Bestellschein zur Unterschrift vor, der besonders vorgedruckte, bisher nicht besprochene Bedingungen enthält. Für Fälle dieser Art hat das OLG. Dresden (OLGR. 6, 32) zutreffend ausgeführt, die Unterschrift sei nur einen Teil des vorausgehenden Textes zu decken bestimmt, wenn der Namenszeichner gar nicht weiß, noch als möglich annehmen kann oder muß, daß außer den in seinem Bewußtsein haftenden Verpflichtungen, ihm durch seine Unterschrift auch noch andere Verbindlichkeiten auferlegt werden sollen. In besonders gearteten Fällen kann die Sache auch so liegen, daß der Kunde in der Eile den nicht augenfälligen gedruckten Vermerk „zu umstehenden Bedingungen" nicht beachtet hat. Willensübereinstimmung ist zwar in diesem Falle vorhanden (vgl. Exk. zu § 361 Anm. 91 ff.); aber es findet Anfechtung wegen Irrtums statt (vgl. Exk. zu § 361 Anm. 92). Freilich trifft den Kunden die Beweislast. Vor allem muß er aber darlegen, wie er zur Unterzeichnung einer Urkunde, ohne sie gelesen zu haben, gekommen ist (SeuffA. 31, 109; 32, 87; 40, 179).

dd) **Vermerke in Katalogen und Preislisten** (vgl. Exk. zu § 361 Anm. 13). Diese haben den Zweck, über den Preis und die Ware aufzuklären; dasselbe gilt von Kostenvoranschlägen (JW. 03, 431[1]). Alle Vermerke über die Art und Beschaffenheit der Ware binden, wenn das Geschäft zustande gekommen ist, den Käufer; desgleichen Vermerke über die Höhe des Preises und die Zahlungsbedingungen, soweit sie üblicherweise Gegenstand derartiger Kataloge und Preislisten sind. Dagegen sind Kataloge und Preislisten nicht der Ort für so außerordentliche Vertragsbedingungen, wie sie in der Vereinbarung eines vom gesetzlichen abweichenden Erfüllungsortes liegen. Solche Vermerke kann der Käufer unbeachtet lassen, auch wenn sie durch stärkeren Druck hervorgehoben sind (RG. in OLGR. 9, 131). Hat er sie nicht beachtet, und ist der Kauf zustande gekommen, so kann ihm nicht entgegengehalten werden, daß der Katalog über diesen Punkt einen Vermerk enthalten hat (zust. RG. in JW. 01, 621[14]). Daß in früheren Fällen unter den Parteien immer unter Anm. 37.

Digitized by Google

Exk. zu § 372. Bezugnahme auf die einen besonderen Erfüllungsort enthaltende Preisliste abgeschlossen worden ist, macht nichts aus (RG. in Holdheim 04, 224).

Anders verhält es sich natürlich, wenn die Bestellung ausdrücklich auf Grund der Preisliste oder des Katalogs durch Bezugnahme auf diese stattgefunden (RG. 52, 133 am Schlusse; RG. in Holdheim 04, 224 u. in BadRpr. 01, 301), oder wenn der Verkäufer zu erkennen gibt, daß er nur auf Grund seiner Kataloge und Preislisten, die er übersendet hat, abschließen will (RG. im Recht 04, 225[1079]). In diesen Fällen erheischen Treu und Glauben besondere Erklärung, daß kein Unterwerfungswille vorhanden ist. Ebenso tritt Bindung ein, wenn ein Kaufmann in einem Rundschreiben, das nicht nur eine Preisliste enthält, seine Geschäftsbedingungen bekannt gibt, und der Empfänger kurz darauf eine Bestellung aufgibt (RG. in Holdheim 12, 278 und BadRpr. 01, 30). Dasselbe gilt, wenn ein Kunde im Laufe der Geschäftsverbindung mit den Rechnungsauszügen auch die Geschäftsbedingungen des Verkäufers, die einen besonderen Erfüllungsort festsetzen, wiederholt erhalten hat und nun die Verbindung fortsetzt (RG. in Holdheim 04, 105). Über die Geschäftsbedingungen und Prospekte öffentlicher Anstalten vgl. § 346 Anm. 15.

Anm. 38. *aa*) **Bestätigungsschreiben** können verschiedene Bedeutung haben. So versteht man darunter die Genehmigung des von einem vollmachtslosen Reisenden oder Agenten geschlossenen Vertrags (hierüber § 55; Exk. zu § 58; § 85 und Exk. zu § 85); man versteht darunter aber auch die schriftliche Annahme eines Vertragsantrags (hierüber Exk. zu § 361). Hiervon soll hier nicht die Rede sein. Der Ausdruck „Bestätigungsschreiben" kann aber auch den Sinn haben, daß damit der bereits mündlich abgeschlossene Vertrag als abgeschlossen nachträglich bestätigt und so ein Beweismittel geschaffen werden soll. Es gilt hier die Regel, daß nach der Zweckbestimmung dieser schriftlichen Feststellung Punkte, die zwar Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, aber in dem Bestätigungsschreiben keine Aufnahme gefunden haben, — abgesehen von besonderen Umständen — nicht als Vertragsbedingung gelten sollen (RG. im Recht 04, 554[2291]; näheres hierüber § 350 Anm. 59ff.). Bestätigungsschreiben dieser Art haben also nur deklaratorische Bedeutung. Es gibt aber auch noch Bestätigungsschreiben im Sinne eines annahmebedürftigen Vertragsantrags. In diesem Fall, der allein hier besprochen werden soll, will der Absender alles bisher Beredete als seine endgültige Entschließung so genau und vollständig zusammenfassen, daß durch ein einfaches „Ja" des Gegners der Vertrag geschlossen wird. Der Absender „bestätigt" also, daß sein Antrag nunmehr so und so laute und nur in dieser Fassung angenommen werden könne. Die kaufmännische Welt weiß, daß solche Bestätigungsschreiben alle Vertragsbedingungen erschöpfend festzulegen bestimmt sind, und der Vertrag mit diesem Inhalt beiderseits als abgeschlossen zu gelten hat, wenn auf das Bestätigungsschreiben keine Antwort erfolgt. Daher haben solche Bestätigungsschreiben im Gegensatz zu Fakturen und sonstigen eine Ausführungsanzeige des geschlossenen Vertrags darstellenden Mitteilungen rechtserzeugende (konstitutive) Kraft (RG. 54, 176; 58, 69 u. 235; 57, 410). Auf diese Weise kann durch Aufnahme in das Bestätigungsschreiben eine Bedingung, z. B. hinsichtlich des Erfüllungsortes zur vereinbarten werden, obgleich sie ausweislich der dem Bestätigungsschreiben vorangegangenen Verhandlungen nicht berührt worden war. Ebenso können durch Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben einzelne Punkte, über die man sich vorher geeinigt hatte, wieder ausgeschieden oder abgeändert werden. Nur muß das Bestätigungsschreiben auch bestimmt genug lauten, auch in sich vollständig sein (ROHG. 15, 96; JW. 98, 162[29]; RG. in Holdheim 05, 83), und es darf die Änderung keine unmerkliche, die Auslassung keine hinterhaltige sein (ROHG. 19, 5). Es gehört also zum Charakter dieser Bestätigungsschreiben die dem Gegner erkennbare Absicht vollständiger Zusammenfassung dessen, was als vereinbart nun zur Feststellung kommen soll; andernfalls hat die stillschweigende Entgegennahme noch nicht die Wirkung stillschweigender Abänderung des zuvor Vereinbarten. In diesem letzteren Falle ist der Vertragswille, soweit er in dem Bestätigungsschreiben nicht zum Ausdruck gelangt ist, anderweit und zwar durch Zurückgehen

Digitized by Google

auf die früheren Verhandlungen zu ermitteln. Alsdann kommen die zu § 350 Anm. 59 ff., insbes. Anm. 67 ff. aufgestellten Grundsätze zur Anwendung. Zum rechtserzeugenden Charakter von Bestätigungsschreiben gehören aber außer der Vollständigkeit und Bestimmtheit des Inhalts noch weiter *besondere Umstände*, welche nach den Grundsätzen von Treue und Glauben und nach Handelsbrauch sofortige Antwort erheischen. Diese Umstände müssen so beschaffen sein, daß der Empfänger erkennen muß, der Gegner verlasse sich darauf, daß der Inhalt seiner Bestätigung im Fall des Stillschweigens in Ordnung gehe, weil er danach seine Anordnungen treffen werde, und deshalb baldige Klarheit über die Lage haben müsse. Dies trifft z. B. zu bei telegraphischen oder telephonischen Abschlüssen, die sich meist nur auf das wesentlichste beschränken, und nachfolgende schriftliche Bestätigung regelmäßig erwarten lassen (OLG. Hamburg HansGZ. 03 Hptbl. 71). Dies gilt auch von mündlichen Abschlüssen im allgemeinen, insbesondere von Abschlüssen mit Vertretern des Verkäufers (RG. 58, 69) und immer von brieflichen Verhandlungen, die noch zu keinem Abschluß gediehen sind, insbesondere von Antworten auf Offerten, und überhaupt, wenn das Bestätigungsschreiben die Hebung von Zweifeln bezweckt (Bolze 1 Nr. 654). In diesen Fällen kann sich der Empfänger nicht mit Übersehen des deutlichen Vordrucks, Nichtlesen des Bestätigungsschreibens usw. entschuldigen (RG. 54, 180; 57, 410; JW. 97, 88[24]; 03, 102[18], 183[40]; in DJZ. 03, 456; OLG. Hamburg OLGR. 8, 28). Diese Grundsätze greifen dagegen nicht ohne weiteres Platz, wenn der Reisende seinem Geschäftsherrn erdichtete Abschlüsse meldet, und dieser sie bestätigt. Hier ist Schweigen regelmäßig nicht als Genehmigung aufzufassen. So gestaltet sich die Sachlage, in denen das Bestätigungsschreiben *Änderungen zugunsten des Bestätigenden* enthält. Exk. zu § 372.

Im umgekehrten Falle, wenn nämlich der *Bestätigende* in seinem Schreiben *Änderungen zu seinen Ungunsten* vornimmt, und der Gegner schweigt, ist der Bestätigende gebunden, sofern nicht die Umstände ein anderes ergeben. Diese Umstände müssen dann aber so liegen, daß der Bestätigende gerade in den betreffenden hinzugefügten, geänderten oder ausgelassenen Punkten es bei der vorhergegangenen Verabredung belassen wollte, und diese Absicht dem Gegner erkennbar war. Dies trifft z. B. ein, wenn die Bestätigung offensichtlich eine oberflächliche, sich nicht auf alle Punkte erstreckende war.

ζζ) *Schlußscheine* werden die Urkunden genannt, die unter den Parteien zum Zweck schriftlicher Feststellung des Vertragsinhalts gewechselt werden. Alsdann besteht nahe Verwandtschaft mit den Schlußnoten des § 94; jedoch mit dem Unterschied, daß eine andere Person als ein Makler die Vermittlertätigkeit ausübt, oder daß es an jeder Vermittelung fehlt. Hier kommt der Vertrag durch die Auswechslung der Schlußscheine zustande; gleich, wie wenn die Parteien gleichlautende Bestätigungsbriefe gewechselt hätten. Dann kann über den Erfüllungsort kein Zweifel sein. Mitunter erteilt aber auch nur eine Partei der andern einen Schlußschein. Alsdann gelten die Grundsätze über Bestätigungsschreiben in dem in Anm. 38 erörterten Sinn (JW. 98, 162[29]; vgl. RG. 59, 350). Der widerspruchslos entgegengenommene Schlußschein entscheidet über die Rechte und Pflichten der Parteien, insbesondere über den Erfüllungsort (RG. 58, 367; vgl. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 03, 157). Wer anderes behauptet, hat die Beweislast (JW. 03 Beil. 133[295]). Erhält der Käufer auf seine Offerte einen Schlußschein vom Verkäufer, wonach dieser nur einen Teil der bestellten Ware liefern will, so muß er ersehen, daß der Verkäufer das Geschäft nur insoweit abschließen will, als es der Schlußschein zum Ausdruck bringt. Im Fall stillschweigender Annahme kann der Käufer also regelmäßig den Rest nicht nachfordern. Ähnlich verhält es sich, wenn ein Agent sich die Genehmigung des Geschäftsherrn vorbehalten hat, und nun der Geschäftsherr seinem Vertragsgegner einen Schlußschein unmittelbar zusendet (vgl. RG. 60, 188; OLG. Kassel in SeuffA. 60, 406; oben Anm. 36 u. § 85 Anm. 4; Exk. zu § 85 Anm. 5). Anm. 39.

4. **Die Beweislast.** Wer einen Erfüllungsort behauptet, der vom gesetzlichen abweicht, hat dafür die Beweislast (Planck § 269 Anm. 2; Oertmann § 269 Nr. 6). *Prozessuales*: Fällt der Anm. 40.

Digitized by Google

Erk. zu § 372. Nachweis des vereinbarten Erfüllungsortes vollständig mit den notwendigen Tatbestandsmerkmalen des Anspruchs selbst zusammen, so bedarf es keines besonderen Nachweises der Zuständigkeit (§ 29 CPO.; RG. 29, 371; JW. 99, 482[4]; 01, 396[3]; 02, 125[3]). Es genügt alsdann die bloße Behauptung der Zuständigkeit. Daher ist der Verkäufer bei bestrittenem Abschluß des Beweises für Vereinbarung eines besonderen Erfüllungsortes nicht durch die Behauptung entbunden, daß er einen besonderen Erfüllungsort vereinbart habe. Denn der Kaufabschluß und die Vereinbarung über den Erfüllungsort fallen hier nicht notwendig zusammen (vgl. RG. 49, 72; JW. 01, 798[1]). Es bedarf eben des Beweises der die Zuständigkeit begründenden Tatsachen nur insoweit, als für die Zuständigkeit mehr zu beweisen ist, als zur Begründung des Klageanspruchs gehört; also nicht des Nachweises der Vollmacht des Vertreters, der den Erfüllungsort vereinbart hat; noch auch bei Inanspruchnahme aus § 128 HGB. des Nachweises, daß Beklagter Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft war (JW. 98, 3[5]); noch auch des Nachweises eines Garantieversprechens, wenn sich aus diesem der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ergibt (RG. 61, 71). Die örtliche Zuständigkeit kann auch auf Tatumstände gestützt werden, die erst nach der Klageerhebung eingetreten sind (RG. 52, 136).

Anm. 41. 5. **Insbesondere der Erfüllungsort beim Kauf.**

a) Eine besondere Vorschrift für den Erfüllungsort beim Kauf ist nicht gegeben. Der frühere Art. 342 hatte eine solche. Aber weder das BGB. noch das neue HGB. haben eine solche aufgestellt; es muß sich alles aus der allgemeinen Vorschrift des § 269 BGB. und aus der Natur des Kaufvertrages ergeben.

Anm. 42. b) Der Erfüllungsort ist für den Verkäufer sein Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung, für den Käufer dessen Wohnsitz oder dessen gewerbliche Niederlassung zur Zeit der Entstehung der Kaufschuld. Das ergibt sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 269 BGB. (vgl. oben Anm. 9 und 15). Freilich wird in vielen Fällen hierdurch ein mißlicher Zustand geschaffen, auf den schon oben Anm. 9 u. 15 für zweiseitige Verträge überhaupt hingewiesen ist. Denn da jeder Teil an seinem Wohnsitz und also auch in seiner Behausung erfüllen kann, so fehlt es an einem Mittel, um die Parteien zur Ausführung des Vertrages zusammenzubringen. Hier bleibt nichts übrig, als daß die Partei, der an der Ausführung am meisten liegt, den Anfang macht indem sie ihre Leistung der anderen Partei zuführt, und sie so zur Bewirkung der Gegenleistung Zug um Zug gegen die eigene Leistung veranlaßt. Doch helfen in vielen Fällen hier Handelsgebräuche und Vertragswille aus. So ist beim Verkauf schwimmender oder doch abgeladener Ware der Erfüllungsort da, wo die Konnossemente ausgehändigt werden sollen (RG. 16, 5; vgl. oben Anm. 6 u. 13). Ferner besteht in vielen Handelszweigen und bei allen Distanzkäufen der Gebrauch, daß der Verkäufer dem Käufer die Ware zu übersenden hat und der Käufer erst dann zu zahlen braucht, wenn die Ware an seinem Wohnsitz oder am Bestimmungsort angelangt und ihm dort zur Prüfung vorgelegt worden ist (unten Anm. 46).

Mit der Frage des Erfüllungsortes für den Verkäufer hat dies aber nichts zu tun: es erfüllt der Verkäufer trotz der Übersendungspflicht an seinem Wohnsitze oder seiner gewerblichen Niederlassung. Wohl aber wird dadurch der Erfüllungsort für die Abnahmepflicht des Käufers bestimmt. Denn wo die Ablieferung zu erfolgen hat, da hat auch die Abnahme zu erfolgen (RG. 49, 72; RG. bei Holdheim 9, 51; OLG. Posen OLGR. 2, 250, hierüber näheres oben Anm. 27 und in den vorhergehenden Anmerkungen).

Wenn der Kaufpreis Zug um Zug gegen Ablieferung zu leisten ist, so wird hierdurch auch der Erfüllungsort für die Zahlung infolge der Natur des Verhältnisses unter Umständen verändert (OLG. Hamburg HansGZ. 80 Hptbl. Nr. 91). Ist der Ablieferungsort die gewerbliche Niederlassung des Schuldners, so verändert sich ja der Erfüllungsort des Käufers gegen den regelmäßigen nicht. Aber wenn die Ware für eine in Hamburg seßhafte Firma nach Memel zu senden und Zug um Zug gegen die Ablieferung Zahlung zu leisten ist, so ist Memel Erfüllungsort für die Zahlung. Der Umstand allein aber, daß die Ware anderswohin geliefert wird, als wo der Besteller wohnt, macht den Ort der Ablieferung noch nicht

Digitized by Google

zum Erfüllungsort für die Zahlung (RG. 30, 379; in diesem Falle war die Ware nach Königsberg gesandt, die Faktura nach Dortmund, dem Wohnort des Käufers; von da aus sollte die Zahlung erfolgen, nicht aber Zug um Zug gegen Ablieferung der Ware; oben Anm. 13). Exk. zu § 372.

II. Zeit der Erfüllung.

Lit: wie im Exk. zu § 359.

Vorbemerkung. Die Zeit der Erfüllung ist bereits in den Erläuterungen zu § 359 behandelt. **Auch beim Kauf** ist über die Zeit der Erfüllung nichts Besonderes bestimmt, weder im BGB., noch im HGB., während der Art. 342 des alten HGB. für den Kauf Sondervorschriften über die Erfüllungszeit gegeben hatte. Insbesondere war dort gesagt, daß der Kaufpreis bei der Übergabe zu zahlen sei. Damit war zum Ausdruck gebracht, daß der Verkäufer an seinem Wohnsitze die Übergabe zu vollziehen, d. h. das zu tun habe, was seinerseits zur Vollziehung der Übergabe erforderlich ist, und daß in diesem Zeitpunkte der Kaufpreis zu zahlen sei. Diese Vorschrift ist in das jetzige Recht nicht übernommen, sie war auch durch Handelsgebräuche stark durchbrochen worden. Nach dem jetzt geltenden Recht stellt sich die Sache wie folgt: Anm. 43

Für die Erfüllungszeit beim Kauf gelten folgende Regeln: Anm. 44.

1. Ist vereinbart, daß der Kaufpreis früher oder später bezahlt werden soll, als die Übergabe zu erfolgen hat, so bietet die Frage keine Schwierigkeit. Das erstere nennt man den Pränumerationskauf, das letztere den Kreditkauf. Im ersteren Falle hat Käufer zunächst zu zahlen, und erst später der Verkäufer zu übergeben, in letzterem Falle hat der Verkäufer zunächst zu übergeben, und der Käufer erst später zu zahlen. Daß einer dieser beiden Fälle vorliegt, muß der beweisen, der sich darauf beruft. Denn nach der gesetzlichen Regel ist Zug um Zug und sofort zu erfüllen (§§ 320, 271 BGB.; vgl. Exk. zu § 359 Anm. 3ff.). Ist die Erfüllungszeit in das Belieben des Schuldners gestellt, so muß der Gläubiger bei Meinungsverschiedenheit über den Zeitpunkt der Leistung in entsprechender Anwendung des § 315 BGB. auf Festsetzung einer beantragten oder vom Richter zu bestimmenden Frist im Wege der Feststellungsklage oder auf sofortige Leistung oder auf Leistung binnen einer richterlich zu bestimmenden Frist im Wege der Leistungsklage die Lösung suchen; erst nach Rechtskraft dieses Urteils kann der Schuldner in Verzug geraten (JW. 06, 683[9]). — Bewilligte Fristen werden von dem Augenblicke an berechnet, in dem der Verkäufer erfüllt hat, also von der Absendung der Ware (ROHG. 6, 165), und dies ist regelmäßig das Fakturadatum (ROHG. 2, 378). Indessen kann selbstverständlich anderes vereinbart werden. Das geschieht z. B. häufig durch den Zusatz: Valuta per .... (z. B. Valuta per 1. Mai, wenn am 15. April geliefert ist). Das bedeutet: Es soll als Anfangstermin des Zahlungsziels ein späterer Termin als der Lieferungstermin gelten. Umgekehrt kann aus der Natur des Geschäfts hervorgehen, daß die Zahlungsfrist schon vor der Übergabe beginnt, wenn nämlich der Lieferant die Ware zur Disposition des Käufers halten mußte (ROHG. bei Puchelt Anm. 6 zu Art. 342). — Sind in den Fakturen Zahlungsfristen enthalten, so gelten sie zum Nachteil des Verkäufers, nicht ohne weiteres zum Nachteil des Käufers (hierüber oben Anm. 34). Sind sie in Kommissionskopien enthalten, so gilt das gleiche (oben Anm. 35). Anders wenn sie sich in Katalogen, Preislisten usw. befinden, hier gelten sie auch zum Nachteil des Käufers; denn daß Zahlungsfristen sich in Katalogen finden, darauf muß der Käufer gefaßt sein (oben Anm. 37). In noch höherem Maße gilt dies von Bestellscheinen (oben Anm. 36), Bestätigungsschreiben (oben Anm. 38) und von Schlußscheinen (oben Anm. 39). Es genügt, wenn die Leistungszeit zwar erst nach Klageerhebung, aber vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten ist (RG. 8, 415; vgl. RG. 52, 136).
2. Ist eine Frist nicht vereinbart, so muß sofort erfüllt werden. Dieses „sofort" birgt große Schwierigkeiten in sich, da jeder Teil dort zu erfüllen hat, wo er wohnt, und kein Teil anzufangen braucht (vgl. oben Anm. 15 u. 42; Exk. zu § 359 Anm. 5). Hier helfen, wie oben gesagt, Handelsgebräuche und Parteiwille. So ist bei den Kauseln „disponibel" (oder „sofort") „bei Wiedereröffnung der Schiffahrt" eine angemessene kurze Frist nach Wiedereröffnung der Anm. 45.

Digitized by Google

Exk. zu § 372. Schiffahrt als gewollt anzunehmen (OLG. Hamburg HansGZ. 71 Nr. 14; 72 Nr. 118); „zu erfüllen bis zum Schluß der Schiffahrt", läßt Zeit bis 31. Dezember, falls bis dahin die Schiffahrt noch offen ist (Zander in Gruch. 49, 588).

a) Oft wird ohne weiteres ein Barkauf als gewollt anzunehmen sein, d. h. daß der Käufer sofort im Laden zahlt; so im allgemeinen beim Kauf in Detailgeschäften, Bazaren, Warenhäusern, auf Jahrmärkten, in Restaurants, Konditoreien usw. Selbst wenn in solchen Fällen der Verkäufer die Übersendung der Waren übernimmt, so muß doch sofort nach Abschluß des Kaufes gezahlt werden (vgl. Exk. zu § 359 Anm. 39). Die Übersendung ist in diesem Falle nur eine Nebenleistung, die, wie sie mit dem Erfüllungsorte nichts zu tun hat, so auch die Erfüllungszeit des Käufers nicht berührt und diesen nicht berechtigt, seine Gegenleistung zurückzubehalten, bis die Übersendung erfolgt ist.

Anm. 46. b) Oft wird allerdings auch angenommen, daß der Verkäufer die Ware zu übersenden und der Käufer erst dann zu zahlen hat, wenn die Ware ankommt. Das gilt insbesondere beim Distanzkauf. Allerdings hat der Verkäufer auch hier an seinem Wohnsitz oder in seiner gewerblichen Niederlassung zu erfüllen, also durch Übergabe an den Frachtführer oder Spediteur (oben Anm. 15). Indessen ist dem Käufer bei diesem Akte nicht Gelegenheit gegeben zur Ausübung seines Prüfungsrechts, er kann die Ware nicht unbesehen übernehmen und andererseits nicht wohl am Orte der Übersendung besondere Anstalten zur Besichtigung treffen. Es hat sich infolgedessen ein Handelsgebrauch dahin gebildet, daß bei Übersendungskäufen der Preis nicht schon bei der Absendung der Ware durch den Verkäufer zu zahlen ist, sondern erst, nachdem der Käufer am Bestimmungsorte in die Lage gesetzt ist, über die Ware zu verfügen und ihre Beschaffenheit zu untersuchen (RG. 30, 412; Bolze 10 Nr. 347; 11 Nr. 406, 13 Nr. 434; JW. 93, 311; 04, 46[16]; OLG. Hamburg ZHR. 35, 257; OLG. Posen OLGR. 2, 250). Selbst wenn Zahlung Zug um Zug vereinbart ist, kann der Verkäufer die Absendung nicht von der vorgängigen Bezahlung des Kaufpreises abhängig machen; er darf nur Vorkehrungen treffen, daß die Ware am Bestimmungsorte nach vorausgegangener Prüfung gegen Zahlung ausgeantwortet wird (ROHG. 12, 275; 18, 321; s. oben Anm. 27 u. 42 für den Fall des Annahmeverzugs). Über die Übersendungspflicht des Verkäufers s. noch den Exk. zu § 382. Daraus folgt auch, daß der Käufer Zusendung gegen Nachnahme nicht anzunehmen braucht (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1002); selbst dann nicht, wenn der Käufer am Absendungsorte zu erfüllen hat. Durch Handelsgebrauch kann natürlich die Berechtigung zur Erhebung von Nachnahme gegeben sein (Bolze 13 Nr. 434). Inwieweit dieser Handelsgebrauch auf den Erfüllungsort von Einfluß ist, darüber s. oben Anm. 42.

Anm. 46a. Dagegen sind die Klauseln „Netto Kasse" oder „Zahlung Kasse" hier ohne Bedeutung. Diese Klauseln besagen lediglich, daß kein Skonto abgezogen werden darf (SeuffA. 37 Nr. 326; 47 Nr. 45; JW. 93, 311[80]; dagegen OLG. Wien SeuffA. 47 Nr. 45; vgl. aber Dove-Apt 96; Zander in Gruch. 49, 776 u. OLG. Dresden SächsA. 04, 643 u. Exk. zu § 359 Anm. 14ff.). Ebenso verhält es sich mit der Bestimmung Kasse ab Station X.; sie ändert nichts an dem Prüfungsrecht des Käufers (RG. 30, 413).

Anm. 46b. Eigenartig gestaltet sich die Lage des Käufers, wenn ihm vor Ankunft der Ware ein mit Blankoindossament versehenes Konnossement zur Einlösung vorgezeigt wird (JW. 04, 46[16]), oder wenn „Netto Kasse oder Akzept gegen Konnossemente (oder Schiffs-Dokumente)" abgeschlossen ist (RG. 59, 23). Denn hier muß der Käufer vorschußweise zahlen (ROHG. 11, 185; 15, 218; RG. 3, 87). Durch Nichtannahme des die Ware vertretenden Konnossements gerät der Käufer jedoch trotz seiner scheinbar unbedingten Vorleistungspflicht nicht in Annahmeverzug und durch Nichteinlösung der Papiere nicht in Zahlungsverzug, wenn er die Ware wegen Mangelhaftigkeit nicht anzunehmen brauchte. Nur die Beweislast kehrt sich um. Der Käufer muß die Mangelhaftigkeit beweisen (RG. 31, 100; 47, 131). Andere Nachteile entstehen selbst dann nicht, wenn der Käufer zur Zeit der Vorzeigung der Papiere die Mangelhaftigkeit der Ware noch nicht kannte (RG. 59, 24). Diese

Digitized by Google

Grundsätze werden durch Vereinbarung der Arbitrageklausel nur insofern beeinflußt, als Exk. zu
der Käufer Frist zur Beibringung des Spruchs der Arbitratoren verlangen darf, wenn die § 372.
Arbitrage ohne Verzug erfolgen kann (RG. 47, 145; JW. 01, 82[18]). Die Arbitrageklausel verliert aber auch diese Bedeutung, wenn der Käufer die Ware überhaupt nicht mehr als zur Vertragserfüllung geeignet erklärt, z. B. wegen betrügerischer Packung die Annahme verweigert (JW. 01, 82[18]). Ist ausgemacht, daß der Käufer unter allen Umständen zunächst zahlen soll, und etwaige Rückerstattungsansprüche dem Arbitrageverfahren vorbehalten sein sollen, so verhält es sich anders. Alsdann gerät der Käufer in Annahmeverzug (der den Verkäufer zum Selbsthilfeverkauf nach § 373 berechtigt) und auf Grund seiner vorläufigen Zahlungspflicht auch in Zahlungsverzug (der zur Anwendung des § 326 BGB. führt; vgl. RG. 61, 351). Doch kann dies nur gelten, wenn die Einwendungen des Käufers solche sind, die die Ware noch als annahmefähig erscheinen lassen, wie z. B. bei Zuviel- oder Zuweniglieferung, und bei Mängeln geringfügiger Art, welche die Ware zu einer minderwertigen machen. Nicht aber kann dem Käufer die Vorleistung zugemutet werden, wenn sich schon aus den Dokumenten oder der Faktura ergibt, daß eine überhaupt nicht vertragsmäßige Ware geliefert werden soll; denn alsdann ist die Ware überhaupt nicht annahmefähig. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Arbitrage und aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB.). Der Käufer darf den Einwand vertragswidriger Beschaffenheit auf die ihm vom Verkäufer übergebene Ausfallprobe gründen. Der Verkäufer muß dagegen beweisen, daß die Ware besser ist als die Ausfallprobe (vgl. RG. 47, 134; JW. 01, 61[11]). Über das Arbitrageverfahren s. Exk. vor § 373 Anm. 24.

Die Klausel „Netto Kasse laut Konnossement" enthält nicht eine Vorleistungspflicht des Käufers, sondern lediglich eine Bezugnahme auf die Zahlungszeit des Konnossements.

Ist Zahlung nach Ablieferung der Ware bedungen, so hat die Zahlung nicht schon Anm. 46c.
dann zu erfolgen, wenn der Käufer in die Lage versetzt ist, die Ware zu untersuchen, sondern erst dann, wenn der Käufer die Ware in Empfang genommen, d. h. wirklich an sich genommen hat (RG. 52, 399; vgl. JW. 04, 46[16]).

c) Auch bei Platzgeschäften ist häufig dem Käufer Zahlung vor erfolgter Unter- Anm. 47.
suchung der Ware nicht zuzumuten (oben Anm. 46). Auch im Handelsverkehr innerhalb eines Ortes gilt es nach unseren Erfahrungen als Handelsgebrauch, daß, sofern es sich nicht um Einzelkäufe im offenen Laden handelt (s. oben Anm. 45), der Verkäufer, der auf das Kaufgeschäft eingeht, die Ware dem Käufer zu übersenden hat, und der Käufer erst dann zu zahlen braucht, wenn die Ware bei ihm ankommt und ihm vorgezeigt wird. So wenn ein Kaufmann beim anderen kauft, etwa der Detailhändler beim Großhändler oder Fabrikanten, so wenn der Privatmann beim Kaufmann telephonisch oder brieflich eine Ware bestellt: einige Flaschen Wein, einige Gegenstände für die Küche, eine Schreibmaschine, eine Torte beim Konditor usw.

Der Erfüllungsort verschiebt sich auch in diesem Falle nicht. Die Übernahme der Übersendung ändert ihn nicht; und zwar auch dann nicht, wenn die Übersendung durch des Verkäufers eigene Leute geschieht. Nur für Verschulden dieser Leute haftet er, aber er hat erfüllt in dem Augenblicke, wo er die Ware den Leuten zur Überbringung übergibt. Die Gefahr des Zufalls trägt von da ab der Käufer (vgl. oben Anm. 32); doch sind hier Ortsgebräuche von Einfluß (oben Anm. 18).

III. Der Bestimmungsort der Leistung, insbesondere bei Geldzahlungen. Die Lehre von der Geldübersendungspflicht.

Lit.: Schönfeld, Die Verteilung der Beweislast beim Verlust einer Geldsendung, Recht 02, 393; dazu Beer, Recht 02, 504.

Vorbemerkung. In der Lehre vom Erfüllungsort ist auseinandergesetzt, daß der Erfüllungs- Anm. 43.
ort vom Bestimmungsort verschieden ist (vgl. oben Anm. 13), und in der Lehre von der Erfüllungszeit, besonders beim Kauf, daß der Verkäufer in zahlreichen Fällen als Nebenleistung die

Digitized by Google

Exk. zu § 372. Schiffahrt als gewollt anzunehmen (OLG. Hamburg HansGZ. 71 Nr. 14; 72 Nr. 118); „zu erfüllen bis zum Schluß der Schiffahrt", läßt Zeit bis 31. Dezember, falls bis dahin die Schiffahrt noch offen ist (Zander in Gruch. 49, 588).

a) Oft wird ohne weiteres ein Barkauf als gewollt anzunehmen sein, d. h. daß der Käufer sofort im Laden zahlt; so im allgemeinen beim Kauf in Detailgeschäften, Bazaren, Warenhäusern, auf Jahrmärkten, in Restaurants, Konditoreien usw. Selbst wenn in solchen Fällen der Verkäufer die Übersendung der Waren übernimmt, so muß doch sofort nach Abschluß des Kaufes gezahlt werden (vgl. Exk. zu § 359 Anm. 39). Die Übersendung ist in diesem Falle nur eine Nebenleistung, die, wie sie mit dem Erfüllungsorte nichts zu tun hat, so auch die Erfüllungszeit des Käufers nicht berührt und diesen nicht berechtigt, seine Gegenleistung zurückzubehalten, bis die Übersendung erfolgt ist.

Anm. 46. b) Oft wird allerdings auch angenommen, daß der Verkäufer die Ware zu übersenden und der Käufer erst dann zu zahlen hat, wenn die Ware ankommt. Das gilt insbesondere beim Distanzkauf. Allerdings hat der Verkäufer auch hier an seinem Wohnsitz oder in seiner gewerblichen Niederlassung zu erfüllen, also durch Übergabe an den Frachtführer oder Spediteur (oben Anm. 15). Indessen ist dem Käufer bei diesem Akte nicht Gelegenheit gegeben zur Ausübung seines Prüfungsrechts, er kann die Ware nicht unbesehen übernehmen und andererseits nicht wohl am Orte der Übersendung besondere Anstalten zur Besichtigung treffen. Es hat sich infolgedessen ein Handelsgebrauch dahin gebildet, daß bei Übersendungskäufen der Preis nicht schon bei der Absendung der Ware durch den Verkäufer zu zahlen ist, sondern erst, nachdem der Käufer am Bestimmungsorte in die Lage gesetzt ist, über die Ware zu verfügen und ihre Beschaffenheit zu untersuchen (RG. 30, 412; Bolze 10 Nr. 347; 11 Nr. 406, 13 Nr. 434; JW. 93, 311; 04, 46[16]; OLG. Hamburg ZHR. 35, 257; OLG. Posen OLGR. 2, 250). Selbst wenn Zahlung Zug um Zug vereinbart ist, kann der Verkäufer die Absendung nicht von der vorgängigen Bezahlung des Kaufpreises abhängig machen; er darf nur Vorkehrungen treffen, daß die Ware am Bestimmungsorte nach vorausgegangener Prüfung gegen Zahlung ausgeantwortet wird (ROHG. 12, 275; 18, 321; s. oben Anm. 27 u. 42 für den Fall des Annahmeverzugs). Über die Übersendungspflicht des Verkäufers s. noch den Exk. zu § 382. Daraus folgt auch, daß der Käufer Zusendung gegen Nachnahme nicht anzunehmen braucht (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1002); selbst dann nicht, wenn der Käufer am Absendungsorte zu erfüllen hat. Durch Handelsgebrauch kann natürlich die Berechtigung zur Erhebung von Nachnahme gegeben sein (Bolze 13 Nr. 434). Inwieweit dieser Handelsgebrauch auf den Erfüllungsort von Einfluß ist, darüber s. oben Anm. 42.

Anm. 46a. Dagegen sind die Klauseln „Netto Kasse" oder „Zahlung Kasse" hier ohne Bedeutung. Diese Klauseln besagen lediglich, daß kein Skonto abgezogen werden darf (SeuffA. 37 Nr. 326; 47 Nr. 45; JW. 93, 311[20]; dagegen OLG. Wien SeuffA. 47 Nr. 45; vgl. aber Dove-Apt 96; Zander in Gruch. 49, 776 u. OLG. Dresden SächsA. 04, 643 u. Exk. zu § 359 Anm. 14ff.). Ebenso verhält es sich mit der Bestimmung Kasse ab Station X.; sie ändert nichts an dem Prüfungsrecht des Käufers (RG. 30, 413).

Anm. 46b. Eigenartig gestaltet sich die Lage des Käufers, wenn ihm vor Ankunft der Ware ein mit Blankoindossament versehenes Konnossement zur Einlösung vorgezeigt wird (JW. 04, 46[16]), oder wenn „Netto Kasse oder Akzept gegen Konnossemente (oder Schiffs-Dokumente)" abgeschlossen ist (RG. 59, 23). Denn hier muß der Käufer vorschußweise zahlen (ROHG. 11, 185; 15, 218; RG. 3, 87). Durch Nichtannahme des die Ware vertretenden Konnossements gerät der Käufer jedoch trotz seiner scheinbar unbedingten Vorleistungspflicht nicht in Annahmeverzug und durch Nichteinlösung der Papiere nicht in Zahlungsverzug, wenn er die Ware wegen Mangelhaftigkeit nicht anzunehmen brauchte. Nur die Beweislast kehrt sich um. Der Käufer muß die Mangelhaftigkeit beweisen (RG. 31, 100; 47, 131). Andere Nachteile entstehen selbst dann nicht, wenn der Käufer zur Zeit der Vorzeigung der Papiere die Mangelhaftigkeit der Ware noch nicht kannte (RG. 59, 24). Diese

Digitized by Google

Grundsätze werden durch Vereinbarung der Arbitrageklausel nur insofern beeinflußt, als der Käufer Frist zur Beibringung des Spruchs der Arbitratoren verlangen darf, wenn die Arbitrage ohne Verzug erfolgen kann (RG. 47, 145; JW. 01, 82[18]). Die Arbitrageklausel verliert aber auch diese Bedeutung, wenn der Käufer die Ware überhaupt nicht mehr als zur Vertragserfüllung geeignet erklärt, z. B. wegen betrügerischer Packung die Annahme verweigert (JW. 01, 82[18]). Ist ausgemacht, daß der Käufer unter allen Umständen zunächst zahlen soll, und etwaige Rückerstattungsansprüche dem Arbitrageverfahren vorbehalten sein sollen, so verhält es sich anders. Alsdann gerät der Käufer in Annahmeverzug (der den Verkäufer zum Selbsthilfeverkauf nach § 373 berechtigt) und auf Grund seiner vorläufigen Zahlungspflicht auch in Zahlungsverzug (der zur Anwendung des § 326 BGB. führt; vgl. RG. 61, 351). Doch kann dies nur gelten, wenn die Einwendungen des Käufers solche sind, die die Ware noch als annahmefähig erscheinen lassen, wie z. B. bei Zuviel- oder Zuweniglieferung, und bei Mängeln geringfügiger Art, welche die Ware zu einer minderwertigen machen. Nicht aber kann dem Käufer die Vorleistung zugemutet werden, wenn sich schon aus den Dokumenten oder der Faktura ergibt, daß eine überhaupt nicht vertragsmäßige Ware geliefert werden soll; denn alsdann ist die Ware überhaupt nicht annahmefähig. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Arbitrage und aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB.). Der Käufer darf den Einwand vertragswidriger Beschaffenheit auf die ihm vom Verkäufer übergebene Ausfallprobe gründen. Der Verkäufer muß dagegen beweisen, daß die Ware besser ist als die Ausfallprobe (vgl. RG. 47, 134; JW. 01, 61[11]). Über das Arbitrageverfahren s. Erk. vor § 373 Anm. 24. Erk. zu § 372.

Die Klausel „Netto Kasse laut Konnossement" enthält nicht eine Vorleistungspflicht des Käufers, sondern lediglich eine Bezugnahme auf die Zahlungszeit des Konnossements.

Ist Zahlung nach Ablieferung der Ware bedungen, so hat die Zahlung nicht schon dann zu erfolgen, wenn der Käufer in die Lage versetzt ist, die Ware zu untersuchen, sondern erst dann, wenn der Käufer die Ware in Empfang genommen, d. h. wirklich an sich genommen hat (RG. 52, 399; vgl. JW. 04, 46[16]). Anm. 46e.

c) Auch bei Platzgeschäften ist häufig dem Käufer Zahlung vor erfolgter Untersuchung der Ware nicht zuzumuten (oben Anm. 46). Auch im Handelsverkehr innerhalb eines Ortes gilt es nach unseren Erfahrungen als Handelsgebrauch, daß, sofern es sich nicht um Einzelkäufe im offenen Laden handelt (s. oben Anm. 45), der Verkäufer, der auf das Kaufgeschäft eingeht, die Ware dem Käufer zu übersenden hat, und der Käufer erst dann zu zahlen braucht, wenn die Ware bei ihm ankommt und ihm vorgezeigt wird. So wenn ein Kaufmann beim anderen kauft, etwa der Detailhändler beim Großhändler oder Fabrikanten, so wenn der Privatmann beim Kaufmann telephonisch oder brieflich eine Ware bestellt: einige Flaschen Wein, einige Gegenstände für die Küche, eine Schreibmaschine, eine Torte beim Konditor usw. Anm. 47.

Der Erfüllungsort verschiebt sich auch in diesem Falle nicht. Die Übernahme der Übersendung ändert ihn nicht; und zwar auch dann nicht, wenn die Übersendung durch des Verkäufers eigene Leute geschieht. Nur für Verschulden dieser Leute haftet er, aber er hat erfüllt in dem Augenblicke, wo er die Ware den Leuten zur Überbringung übergibt. Die Gefahr des Zufalls trägt von da ab der Käufer (vgl. oben Anm. 32); doch sind hier Ortsgebräuche von Einfluß (oben Anm. 18).

III. Der Bestimmungsort der Leistung, insbesondere bei Geldzahlungen. Die Lehre von der Geldübersendungspflicht.

Lit.: Schönfeld, Die Verteilung der Beweislast beim Verlust einer Geldsendung, Recht 02, 393; dazu Beer, Recht 02, 504.

Vorbemerkung. In der Lehre vom Erfüllungsort ist auseinandergesetzt, daß der Erfüllungsort vom Bestimmungsort verschieden ist (vgl. oben Anm. 13), und in der Lehre von der Erfüllungszeit, besonders beim Kauf, daß der Verkäufer in zahlreichen Fällen als Nebenleistung die Anm. 43.

Digitized by Google

Exk. zu § 372. Übersendungspflicht hat, d. h. die Pflicht, die Ware dem Vertragsgegner an den von diesem bestimmten Ort zu übersenden (oben Anm. 46f.). Dieser Bestimmungsort spielt auch sonst noch eine große Rolle, besonders beim Kauf. Insbesondere aber hat das BGB. im Anschluß an den früheren Art. 325 HGB. die Übersendungspflicht bei Geldzahlungen gesetzlich aufgestellt. Es geschieht dies im § 270 BGB. Er lautet:

> Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.
>
> Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.
>
> Erhöhen sich in Folge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Aenderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten oder die Gefahr der Uebermittelung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle die Gefahr zu tragen.
>
> Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt.

Der vorliegende Paragraph setzt für Geldschulden überhaupt die Übersendungspflicht fest (Abs. 1, 2 u. 3) und bestimmt zur Vermeidung von Mißverständnissen, daß sich der Erfüllungsort dadurch nicht ändert (Abs. 4).

Anm. 49. A. (Abs. 1, 2 u. 3.) **Bei Geldschulden hat der Schuldner die Verpflichtung, dem Gläubiger das Geld an dessen Wohnsitz bzw. dessen gewerbliche Niederlassung zu übersenden, und zwar auf eigene Kosten und Gefahr.**

1. **Geldschulden** müssen es sein. Das hebt der Gesetzgeber zwar nicht klar und deutlich hervor. Er sagt nur, daß der Schuldner „Geld" zu übermitteln hat. Aber gemeint sind Geldschulden im Sinne des § 244 BGB., d. h. Forderungen auf Zahlung einer Geldsumme, nicht Ansprüche auf Rückgabe bestimmter Stücke (Obertribunal in StrA. 78, 178; Dernburg II 1 § 53 Fußnote 2).

Anm. 50. Daraus folgt ferner, daß nur solche Fälle gemeint sind, in denen das Geld geschuldet wird, also zahlungshalber dem Gläubiger auszuhändigen ist, also z. B. nicht der Fall, wenn der Geldempfänger den Geldsender ersucht hat, ihm ein Darlehn zu gewähren und der Geldsender die Bitte um Übersendung des Geldes erfüllt. Wie aber, wenn zunächst ein Vertrag geschlossen wird, inhalts dessen sich jemand zur Gewährung eines Darlehns verpflichtet? Hier geschieht die Zahlung zum Zwecke der Erfüllung des pactum de mutuo dando. Schollmeyer Anm. 1 zu § 270 BGB. will hier gleichwohl die gesetzliche Regel nicht Platz greifen lassen, weil der Darlehnsvertrag erst durch Hergabe des Darlehns entstehe. Der Grund ist nicht zutreffend, weil auch schon das Abkommen über die Hergabe des Darlehns ein Vertrag ist, und der Darleiher verpflichtet ist, dieses Abkommen zu erfüllen (Exk. zu § 361 Anm. 87). Wenn gleichwohl anzunehmen ist, daß die Übersendung in solchem Falle nicht auf Kosten und Gefahr des Darleihers geschieht, so liegt das daran, daß der § 270 BGB. nur eine Auslegungsregel ist, nur im Zweifel gilt, hier aber die Natur des Verhältnisses entgegensteht (Regelsberger in Endemann II 511; Planck § 270 Anm. 1; Oertmann § 270 Anm. 2 u. 3; anders Rehbein §§ 241—292 Erl. 72). — Bei Forderungen aus Inhaber- oder Orderpapieren besteht die Übersendungspflicht infolge der Natur des Verhältnisses nicht (vgl. oben Anm. 26).

Anm. 51. Im übrigen kommt es nicht darauf an, welcher Art die Geldschulden sind. Da die Vorschrift im BGB. steht, so gilt sie für jede Geldschuld, nicht nur für Handelsgeschäfte; also kommt es auch nicht darauf an, ob die Schuld auf einer Seite oder auf beiden Seiten eine Handelsschuld ist.

Anm. 52. 2. **Dem Gläubiger an dessen Wohnsitz bzw. gewerbliche Niederlassung** ist das Geld zu übermitteln.

a) Also dorthin, wo der Gläubiger gegenwärtig seinen Wohnsitz bzw. seine gewerbliche Niederlassung hat, ist das Geld zu senden; keineswegs dorthin, wo der Gläubiger zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses Wohnsitz oder Niederlassung hatte (anders als nach § 269 BGB. bei der Bestimmung des Erfüllungsortes gesagt ist, und anders, als der frühere Art. 325 HGB. den Bestimmungsort für Geldsendungen festsetzte.) Das trifft

Digitized by Google

auch zu, wenn der Gläubiger gewechselt hat (durch Abtretung, Erbgang usw.). In solchem Falle ist das Geld dorthin zu senden, wo der derzeitige Gläubiger seinen Wohnsitz bzw. seine gewerbliche Niederlassung hat. Exk. zu § 372.

Indessen ist doch die Frage, wo der Gläubiger zur Zeit der Entstehung der Schuld seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte, auch hier von Wichtigkeit. Erhöhen sich nämlich infolge einer nach der Entstehung der Schuld eintretenden Änderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten der Übermittlung, so hat der Gläubiger die Mehrkosten zu tragen; erhöht sich die Gefahr der Übermittlung, so hat der Gläubiger die ganze Gefahr zu tragen. Das bestimmt § 270 Abs. 3 BGB. Wohl gemerkt, ist bei solcher Veränderung die ganze Gefahr zu tragen. Eine Teilung der Gefahr erschien mit Recht untunlich. — Über die Begriffe Wohnsitz und Niederlassung s. oben Anm. 20. Anm. 53.

b) Bezieht sich die Vorschrift auch auf den Fall, daß Gläubiger und Schuldner an verschiedenen Punkten desselben Ortes wohnen? Ihrem Wortlaut nach nicht, aber die entsprechende Ausdehnung ist unbedingt geboten (vgl. auch oben Anm. 47). Anm. 54.

c) Hat der Gläubiger keinen Wohnsitz und keine gewerbliche Niederlassung, so tritt der zeitige Aufenthalt an die Stelle (oben Anm. 22). Anm. 55.

d) Hat der Gläubiger mehrere Wohnsitze (und kommt keine gewerbliche Niederlassung in Betracht), so hat der Schuldner die Wahl, an welchem Orte er das Geld zahlen will. Er kann dabei die billigste und gefahrloseste Übersendungsart wählen (oben Anm. 23). Dieses Wahlrecht wird man aber dem Schuldner nur so lange geben können, als der Gläubiger nicht eine Bestimmung getroffen hat, an welchen seiner Wohnsitze das Geld zu senden ist. Doch dürfen durch eine solche Bestimmung die Rechte des Schuldners nicht verkürzt werden. Etwaige Mehrkosten gegen die billigste Wahl muß der Gläubiger tragen, bei Erhöhung der Gefahr trägt der Gläubiger sie allein; der Rechtsgedanke des Abs. 3 unseres Paragraphen muß hierauf angewendet werden. Dagegen würde man zu weit gehen und gegen den Gesetzesgedanken verstoßen, wollte man dem Schuldner das Recht geben, eine solche Bestimmung des Gläubigers gänzlich zu mißachten. Das Interesse des Gläubigers würde dadurch ohne Not verletzt werden. Etwaige Mehrkosten kann der Schuldner sofort abziehen und soviel weniger einsenden. Anm. 56.

e) Auch durch den Verzug des Gläubigers ändert sich der Bestimmungsort nicht. Sendet der Schuldner das Geld an den Wohnsitz des Gläubigers, und läßt dieser das Geld zurückgehen, indem er die Annahme verweigert, so kann der Schuldner deshalb nicht die nochmalige Übersendung des Geldes verweigern und dem Gläubiger anheimstellen, sich nunmehr das Geld bei ihm abzuholen. Dem widerstrebt § 304 BGB. (vgl. oben Anm. 27). Er kann nur die Kosten der vergeblichen ersten Sendung und etwaige Kosten der Aufbewahrung ersetzt verlangen und bei der nochmaligen Sendung sofort abziehen. Er kann natürlich auch das zurückgewiesene Geld hinterlegen (§ 372 BGB.); er ist dann von der nochmaligen Übersendungspflicht frei. Die Hinterlegung hat an dem Erfüllungsort der Obligation, nicht etwa am Wohnsitze oder dem Ort der Niederlassung des Gläubigers zu erfolgen (§ 374 BGB.). Hat der Schuldner nicht hinterlegt, und muß er daher nochmals übersenden, so hat die Übersendung auch in diesem Falle an den nunmehrigen Wohnsitz des Gläubigers zu erfolgen, wenn der Gläubiger inzwischen seinen Wohnsitz verändert oder ein anderer, anderswo wohnender Gläubiger inzwischen die Forderung erworben hat. Nur wird auch in diesem Falle Abs. 3 unseres Paragraphen entsprechend anzuwenden sein, so daß der Schuldner nicht nur die Kosten der ersten Geldsendung, sondern die Mehrkosten der zweiten gegen die erste, ersetzt verlangen und abziehen kann. Denn die Folgen des Verzugs treffen den säumigen Gläubiger in jeder Hinsicht. Anm. 57.

3. Auf seine Gefahr und Kosten hat der Schuldner das Geld zu senden. Anm. 58.

a) Da der Schuldner die Kosten trägt, so darf er das Porto nicht abziehen. Daß dies dennoch häufig, besonders von kleinen Kaufleuten gegenüber den Großhändlern und Fabrikanten geschieht, ist ein Mißbrauch, den sich die meisten Großhändler aus Entgegenkommen gefallen

Digitized by Google

Exk. zu § 372. lassen, den sie sich aber nicht gefallen zu lassen brauchten. Ein abweichender Handelsgebrauch besteht nicht (zust. Förtsch Anm. 4 zu Art. 325). Ein noch weiter verzweigter Mißbrauch ist, das Bestellgeld nicht mit einzusenden. Gemeiniglich wird allerdings die Sendung von den Kaufleuten nicht zurückgewiesen, wenn ihnen auch zugemutet wird, das Bestellgeld zu verauslagen oder gar zu tragen. Sie scheuen die Mühe der Rücksendung und den Vorwurf der Ungefälligkeit. Gleichwohl ist ein Handelsgebrauch dahin, daß der Gläubiger das Bestellgeld trägt oder auch nur verauslagen muß, nicht vorhanden (vgl. Mittelstein bei Gruch. 36, 586 gegen abweichende Urteile der Hamburger Gerichte; vgl. auch Förtsch Anm. 4 zu Art. 325). Damit ist aber nicht gesagt, daß der Käufer durch den Abzug des Portos und die Nichtbeifügung des Bestellgeldes in Verzug gerät (§ 320 Abs. 2 BGB.; anders OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 246).

Anm. 59. b) Die Gefahr trägt der Schuldner, auch wenn er nicht in culpa ist. Er hat daher, wenn er das Geld in einem Geldpaket schickt, den Inhalt zur Zeit der Ablieferung zu beweisen (ROHG. 16, 187), außer wenn er im einzelnen Fall die Gefahr nicht zu tragen hat (RG. 2, 118). Bedient er sich der Post, so kann er sich bei Verstößen seiner Angestellten, die das Geld überhaupt nicht oder nicht an die richtige Adresse abgeschickt haben, nicht mit gehöriger Auswahl seiner Angestellten verteidigen (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB.; RG. 23, 105). Für das richtige Eintreffen mit der Post besteht keine Vermutung (ROHG. 13, 46). Hat der Gläubiger ein Akzept, das ihm der Schuldner mit Stundungsbitte zugeschickt hat, zurückgehen lassen, so genügt Rücksendung mit gewöhnlichem Brief (OLG. Frankfurt, SeuffA. 52 Nr. 95).

Anm. 60. 4. **Im Zweifel** gilt die Vorschrift. Sie ist also nur eine Auslegungsregel. Haben die Parteien etwas anderes vereinbart, geht aus der Natur der Sache etwas anderes hervor, ist Gegenteiliges gebräuchlich, oder verstieße die Abweichung von diesem Gebrauch gegen Treu und Glauben, so weicht die Vorschrift unseres Paragraphen.

a) Abweichende Vereinbarungen. Hier wirft sich wieder die Frage auf, wie **Vermerke auf Fakturen, Kommissionskopien, Bestellscheinen, Bestätigungsschreiben** und **Schlußscheinen** wirken.

α) Was zunächst die Fakturen betrifft, so können sie allerdings den geschlossenen Vertrag nicht ändern, so daß der gesetzliche Erfüllungsort sich dadurch nicht ändert, daß die Faktura nach dieser Richtung einen abweichenden Vermerk enthält (oben Anm. 34). Damit ist aber nicht gesagt, daß den Käufer Vermerke auf der Faktura überhaupt nichts angehen. Er muß im Gegenteil davon ausgehen, daß der Verkäufer auf die Faktura Vermerke setzt, welche die Erledigung des Geschäfts betreffen. Soweit diese die Rechtslage des Schuldners nicht erschweren, soweit sie Bestimmungen des Verkäufers enthalten, die der Käufer ohne Verletzung der eigenen Interessen befolgen kann, muß er diese nach der Anschauung des Handelsstandes beachten. So, wenn die Faktura die Bestimmung enthält, daß an den Reisenden nicht gezahlt werden soll (s. § 55 Anm. 2). So auch hier, wenn der Verkäufer bestimmt, daß an eine bestimmte Kasse, z. B. an eine Bank gezahlt wird, nur daß natürlich ev. den Verkäufer die Mehrkosten und die ganze Gefahr treffen (vgl. oben Anm. 53).

Über die Bedeutung der Fakturenvermerke für den Erfüllungsort s. oben Anm. 34. Mit dieser Frage haben die ebengedachten Ausführungen nichts zu tun.

Anm. 61. β) Die Kommissionskopie braucht nicht beachtet zu werden, weil sie erst nach Erledigung des Geschäfts ausgehändigt wird, und der andere Teil davon ausgehen kann, daß sie lediglich das Besprochene wiedergibt. Sie ist nicht der Ort für solche Bestimmungen, die nicht Gegenstand der Vereinbarung waren (vgl. oben Anm. 35).

Anm. 62. γ) Auch was in Katalogen und Preislisten in dieser Hinsicht gesagt ist, braucht nicht beachtet zu werden. Es gehört das nicht zu den Zahlungsbedingungen (oben Anm. 37).

Anm. 63. δ) Bestellscheine, Bestätigungsschreiben und Schlußscheine haben dagegen eine andere Natur. Das Nähere hierüber oben Anm. 36, 38 u. 39.

Digitized by Google

b) **Aus der Natur der Sache** folgt in zahlreichen Fällen, daß der Schuldner das Geld nicht zu übermitteln braucht. Exk. zu § 372.

α) Hauptsächlich gehört hierher der Fall der Inhaber- und Orderpapiere (vgl. oben Anm. 26 u. 50). Anm. 64.

β) Andere Fälle. Wer als Beauftragter an den Machtgeber Geld zu übersenden hat, trägt die Kosten und die Gefahr, z. B. der Inkassomandatar (RG. 2, 118) oder der sonstige Beauftragte (z. B. der Bankier als Kommissionär, RG. 23, 103; so auch Schollmeyer § 270 Anm. 1; vgl. auch § 670 BGB.). Wer ein Darlehn zugesagt hat, hat regelmäßig nicht die Abholungspflicht (oben Anm. 50). Bei einer aus unentgeltlicher Geschäftsführung zu machenden Geldzahlung besteht die Abholungspflicht (RG. 2, 117), ebenso bei der schuldigen Rückgabe einer irrtümlich empfangenen Zahlung, auch beim depositum irregulare (Regelsberger bei Endemann II 511), nach der Praxis der Versicherungsgesellschaften häufig auch bei der Prämienzahlung. Daß die Versicherungsprämien verkehrsüblich als Holschulden gelten (Dernburg II 1 § 52 II 6), läßt sich nicht allgemein behaupten. Es kommt auf die Policenbedingungen und weiter auf die Übung unter den Vertragspersonen an (RG. 22, 51; vgl. ROHG. 9, 375). Für Arbeitslohn ist regelmäßig die Stätte des Arbeitgebers der Ort, wo der Angestellte sich seinen Lohn abzuholen hat (vgl. § 64 Anm. 7). Anm. 65.

B. **Der Erfüllungsort ändert sich dadurch nicht.** Das schreibt Abs. 4 ausdrücklich vor. Für den gesetzlichen Erfüllungsort soll vielmehr § 269 BGB. maßgebend sein. Es soll nur, ohne daß der gesetzliche Erfüllungsort sich ändert, der Schuldner die Verpflichtung haben, das Geld dem Gläubiger zu übersenden (RG. 1, 445; 2, 122; 3, 118; Hamburg ZHR. 40, 499; Cosack BGB. I § 103 II). Die von manchen vertretene Ansicht, daß für Geldschulden ein doppelter gesetzlicher Erfüllungsort besteht, einer für die Zahlung an sich und die damit zusammenhängenden Fragen (Münzfuß usw.) und ein anderer für den Gerichtsstand und in sonstiger Beziehung war schon nach früherem Recht nicht die herrschende, hatte aber in dem früheren Art. 325 HGB. noch einige Stütze. Der Wortlaut des jetzigen § 270 Abs. 4 BGB. raubt jener Ansicht jede Stütze, so daß selbst Cosack, der sie früher vertrat, sie nach jetzigem Recht aufgegeben hat (vgl. Schollmeyer § 270 Anm. 2). Anm. 66.

Wenn daher auch der Geldschuldner die Gefahr der Geldsendung trägt, so hat er doch, wenn das Geld überhaupt ankommt, schon an seinem Wohnorte erfüllt. Das ist z. B. wichtig für Fälle, in denen eine bestimmte Zahlungsfrist vorgeschrieben ist. Der Geldschuldner kommt nicht in Verzug, wenn er die am 3. Oktober zu leistende Zahlung am 3. Oktober zur Post gibt, sofern sie nur überhaupt ankommt (Just. Förtsch Anm. 6 zu Art. 325; Dernburg II 1 § 53 I 3). Auch für die Währung, die Auslegung von Zeitbestimmungen usw. ist der Wohnort des Schuldners maßgebend (§§ 359, 361 BGB.). Das gleiche gilt für den Gerichtsstand. Der Gerichtsstand der Erfüllung zur Einklagung der Geldschuld bleibt der Wohnsitz des Schuldners. Aus § 29 CPO. kann daher der Gläubiger unter Berufung auf § 270 BGB. an seinem eigenen Wohnsitz nicht klagen (RG. 1, 445; 2, 122; 3, 118; 5, 393; 10, 351; 13, 411). Auch wegen des zur Anwendung kommenden Rechts ist der Wohnsitz des Schuldners als Erfüllungsort maßgebend, nicht der Wohnort des Gläubigers, an den das Geld zu senden ist (vgl. oben Anm. 5 ff.; Schollmeyer § 270 Anm. 2b). Anm. 67.

Zusatz 1. Nach Art. 92 EG. z. BGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach denen Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind. Nach dem preußischen Ausführungsgesetze zum BGB. (Entwurf Art. 11) sind Zahlungen aus öffentlichen Kassen, wenn nichts anderes bestimmt ist, an der Kasse in Empfang zu nehmen. Diese Vorschrift gilt für alle Verbindlichkeiten, nicht nur, wie § 53 I 16 ALR. (vgl. RG. 42, 252) für außervertragliche Verbindlichkeiten; sie gilt auch für Handelsgeschäfte. Hat der Staat von einem Getreidelieferanten Getreide gekauft, so braucht er den Kaufpreis nur an seiner Kasse bereit zu halten. Wie aber, wenn das Geschäft auf seiten des Staats ein Handelsgeschäft ist? Das kann der Fall sein, wenn der Staat ein kaufmännisches Unternehmen betreibt. Hier kann man nicht unter allen Umständen sagen, daß die Kasse eine öffentliche Kasse ist. Es kommt darauf Anm. 68.

Digitized by Google

Exk. zu § 372. an, ob die Zahlstelle einen behördlichen oder einen geschäftlichen Charakter trägt. Hat z. B. der Staat, um die Erzeugnisse einer von ihm betriebenen Fabrik zu verkaufen, einen offenen Laden gemietet, so ist dies keine öffentliche Kasse. Die Eisenbahnverwaltungen dagegen haben behördlichen Charakter. — Maßgebend ist die Kasse zur Zeit der Zahlung (Stranz-Gerhard Art. 11 Anm. 2). — Durch die Bestimmung ist nur die Übersendungspflicht beseitigt, nicht der Erfüllungsort berührt, nur § 270 BGB. ist geändert, nicht auch § 269 BGB. (ebenso Stranz-Gerhard Anm. 3).

Anm. 69. **Zusatz 2. Übergangsfrage.** Nach Art. 170 EG. z. BGB. kommt für alle Schuldverhältnisse das alte Recht zur Anwendung, also auch für Ort und Zeit der Erfüllung. Derartige Bestimmungen gehören zum Inhalt des Vertrags (RG. 52, 264; SeuffA. 58, 305, 307; JW. 05, 132).

Zweiter Abschnitt.
Handelskauf.

Exkurs vor § 373.

Exkurs vor § 373.
Allgemeines über den Handelskauf.

Lit: Bachmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Leipzig, 1905; Dietrich, Handgeschäfte, Gruch. 48, 219; Grallert, Mängelrügen bei Verkäufen von Geschäften; HansGZ. 05 Beibl. 17; dazu Harke ebenda Beibl. 5; Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag, Trier, 1902; Litten, Die Wahlschuld, Berlin, 1903; dazu Boethke in Gruch. 48, 426; Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 1904.

Anm. 1. **I. Vorbemerkung über die gesetzliche Systematik des Abschnitts über den Kauf.**

1. Die Vorschriften über den Handelskauf betreffen gerade den Rechtsakt, dem der Kaufmann seinen Namen verdankt. Er ist im HGB. nicht erschöpfend geregelt. Eine große Anzahl von Vorschriften des A. D. HGB. hatten sich derart bewährt, daß sie auf den ganzen Rechtsverkehr ausgedehnt wurden. Durch den Übergang dieser Vorschriften in das BGB. ist das HGB. hinsichtlich des Handelskaufs noch mehr als früher ein Stückwerk. Der Abschnitt über den Handelskauf läßt sich daher nur durch Heranziehung der Bestimmungen des BGB. und deren Betrachtung von handelsrechtlichen Gesichtspunkten aus verstehen.

Anm. 2. 2. Auf den **Tausch** finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung (§ 515 BGB.). Demgemäß ist auch ein Begriff des **Handelstausches** aufzustellen. Er ist ein Tauschvertrag, der seitens der Vertragsschließenden ein Handelsgeschäft ist, und dessen Gegenstand auf beiden Seiten Waren oder Wertpapiere sind. Es genügt nicht, daß auf einer Seite Ware oder Wertpapiere Tauschgegenstand sind. Denn die Sonderregelung des Handelskaufs beruht darauf, daß beiderseits Sachen des regelmäßigen Handelsverkehrs Gegenstand des Geschäfts sind: auf der einen Seite Waren und Wertpapiere, auf der andern Geld. Zur entsprechenden Anwendung dieses Grundsatzes eignet sich nur dasjenige Tauschgeschäft, bei dem ebenfalls auf beiden Seiten Sachen des regelmäßigen Handelsverkehrs den Gegenstand des Geschäfts bilden. Ein Handelstausch würde also nicht vorliegen, wenn Aktien gegen ein Grundstück, Forderungen gegen Waren eingetauscht würden, sondern doppelte Kaufverträge. Die Einkleidung eines Geschäfts in zwei Kaufverträge vermag für sich die Natur des Geschäfts als eines Tausches nicht zu beeinträchtigen, sobald der einheitliche Charakter feststeht (RG. 50, 286; JW. 98, 307[89]; 05, 326[15]). Auch wird der Charakter des Tausches so wenig durch Zugabe von Geld geändert, als ein Kauf durch Zugabe von Ware zu einem Tausche wird (RG. in SchlHolstAnz. 88, 4 u. ElsLothZ. 18, 529). Ob das eine Geschäft die Veranlassung zum Abschluß eines anderen gleichartigen Geschäfts war, ist gleichfalls unerheblich für die Selbständigkeit beider Geschäfte. Nur dann liegt ein einziger zweiseitiger Vertrag (also ein Tausch) vor, wenn nach der objektiven Natur zwei Sachleistungen unmittelbar gegeneinander aus-

Digitized by Google

geglichen werden sollen (RG. 50, 285; 57, 266; JW. 97, 69[65]; 349[28]; 05, 326[15]; vgl. Gruch. 47, 429: Austausch von Wertpapieren). Diese Einheitlichkeit ist beim eigentlichen Barattogeschäft gegeben, nicht aber beim uneigentlichen. Bei letzterem werden zwar auch von beiden Teilen Waren hingegeben, zugleich aber beide Leistungen in Geld angeschlagen und die Preise mit oder ohne Ausgleichung in Ware oder Geld gegeneinander aufgerechnet (ROHG. 5, 419). Dagegen handelt es sich überhaupt nicht um einen Tausch, sondern um einen einheitlichen lästigen Veräußerungsvertrag, wenn der Geschäftsinhaber sein Geschäft gegen eine Leibrente seinen Kindern überläßt (RG. 48, 349). Exkurs vor § 373.

II. **Das Wesen des Handelskaufs.** Anm. 3.

1. **Unter dem Handelskauf, von dem dieser zweite Abschnitt spricht, ist nicht etwa jeder Kauf zu verstehen, der ein Handelsgeschäft ist.** Vielmehr beziehen sich die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts nur auf denjenigen Kauf, **dessen Gegenstand eine Ware oder ein Wertpapier ist** (RG. 26, 43. Der Begriff von Ware und Wertpapier ist bereits in § 1 Anm. 38 ff.; § 360 Anm. 1 dargelegt; über Wertpapiere insbesondere s. § 381 Anm. 1 ff.). Ein Kauf, der zwar ein Handelsgeschäft ist, aber weder ein Wertpapier noch eine Ware zum Gegenstand hat, unterliegt zwar den sonstigen Regeln des BGB., z. B. dem § 348, nicht aber den Vorschriften des vorliegenden zweiten Abschnitts über den Handelskauf. Danach sind nicht Handelskäufe: der Kauf eines Grundstücks (RG. 59, 19), einer Forderung (RG. 17, 58; 26, 44), einer Hypothek oder eines Hypothekenbriefs (Gruch. 49, 315; JW. 04, 555[15]; anders beim Inhaberpfandbrief RG. im RAnz. bes. Beil. 3, 904), eines Geschäftsanteils einer G. m. b. H.; der Kauf einer Lebensversicherungspolice (RG. 51, 86); eines Sparkassenbuchs (RG. 10, 40); eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses; der Kauf eines Nachlasses (§ 312 BGB.); einer Erbschaft (§ 2371 BGB.; RG. 59, 361; vgl. RG. 61, 76; JW. 05, 437[18]). Eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über den Handelskauf oder einzelner Bestimmungen ist auch in solchen Fällen möglich; lassen doch Prot. II 51 auch eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über den Kauf auf den Verkauf eines Geheimnisses Platz greifen, obgleich es sich bei einem derartigen Vertrag nicht um eine einmalige Leistung, sondern um ein dauerndes Verhältnis handelt. Beim Verkauf einer ärztlichen Praxis (JW. 03, 84[37]) tritt wohl ein ethisches Moment hindernd dazwischen, nicht aber beim Kauf einer Kundschaft (JW. 05, 389[7]). Es ist allgemein anerkannt, daß auch andere Werte als Sachen und Rechte Gegenstand eines Kaufs bilden können (Prot. II 51). Dieser modernen Rechtsentwicklung folgend, hat man den Kauf eines Handelsgeschäfts als echten Handelskauf zu behandeln (vgl. § 343 Anm. 26; JW. 03, 5[11]; Verpachtung eines Apothekergeschäfts; unentschieden RG. 34, 178: Übertragung eines Zeitungsunternehmens). Ein Vermögensinbegriff oder eine Sachgesamtheit wird zwar als ein besonderer Rechtsbegriff nicht anerkannt (Dernburg III § 2); trotzdem ist der Kauf eines Handelsgeschäfts dem Kauf einer individuell bestimmten Sache analog zu behandeln, ohne daß der Nachdruck auf das etwa mitverkaufte Warenlager und Inventar zu legen wäre. Dies hat die entsprechende Anwendung der Gewährleistungsvorschriften zur Folge (RG. 63, 57; JW. 02, 145[77]; 05, 389[7]; näheres zu § 377). Auch das Zeitschriftenabonnement ist ein Kauf, nämlich ein einheitlicher Lieferungskauf (OLG. Hamburg OLGR. 9, 32).

Auf wessen Seite ein Handelsgeschäft vorliegt, ob also der Verkäufer oder Käufer Kaufmann ist, oder als solcher gilt (vgl. die §§ 343 ff.), ist für den Begriff des Handelskaufs gleichgültig. Ein Handelskauf liegt also nicht nur dann vor, wenn ein Kaufmann von einem anderen eine Ware kauft, und auch nicht nur dann, wenn ein Nichtkaufmann von einem Kaufmann eine Ware kauft, sondern auch dann, wenn ein Kaufmann von einem Nichtkaufmann, z. B. von einem Landwirt, eine Ware kauft. Einzelne Vorschriften über den Kauf (§§ 377—379) finden nur auf den beiderseitigen Handelskauf Anwendung. Anm. 4.

2. **Der Patentkauf ist kein Sachkauf,** also kein Handelskauf (obgleich er ein Handelsgeschäft sein kann, § 343 Anm. 27), sondern Kauf eines Rechts (RG. im Recht 05, 317[1533]; vgl. Anm. 5.

Digitized by Google

Exkurs vor § 373.

JW. 03, 304[43]; nach altem Recht: RG. 28, 253; 31, 298; JW. 86, 358[43]; 04, 157[37]; Sachkauf). Denn das Patentrecht ist keine von Natur körperliche Sache, obgleich es ein pfändbares und daher auch zur Konkursmasse gehöriges Vermögensrecht darstellt (RG. 52, 230). Die Patenturkunde verkörpert auch nicht das Recht; sie ist nur Beweisurkunde (§ 27 PatGes.). Gegenstand des Kaufs ist das ausschließliche Recht, den Gegenstand der patentierten Erfindung im Inland (RG. 30, 52; 45, 147; RGSt. 36, 197) gewerbsmäßig (RG. 39, 33) herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen. Dies gilt bei Patentierung eines Verfahrens auch für die durch das Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse (§§ 4, 7 PatGes.; RG. 39, 34). Jedoch kann der Patentinhaber auf Grund dieses Rechts einem Selbsthilfeverkauf nicht widersprechen, wenn er einem andern die fabrikmäßige Herstellung des patentierten Gegenstands übertragen hat und in Annahmeverzug bezüglich der hiernach hergestellten Ware geraten ist (RG. in LZ. 07 50[7]). Der Abschluß ist formfrei (RG. 31, 56). Die Eintragung zur Rolle legitimiert nur insofern, als der Gegner die Nachbringung dieses Nachweises verlangen kann (JW. 99, 543[40]).

Anm. 6. a) Der Verkäufer muß dem Käufer die Möglichkeit der Patentverwertung verschaffen (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB.; RG. 20, 94) und deshalb zur Eintragung zur Rolle mitwirken (RG. 29, 50). Denn Dritten gegenüber ist der zufolge der Bekanntmachung Eingetragene der Alleinberechtigte (§ 19 PatGes.). Doch geht dies nicht so weit, daß bei zweimaligem Verkauf des Patentrechts der zweite Käufer, der vom ersten Verkauf Kenntnis hat, sich auf den Mangel der Eintragung des ersten Käufers berufen könnte (RG. 31, 56). Dem übertragenen Patentschutz kommt keine dingliche Wirkung zu, d. h. die einmal in den Verkehr eingeführte Ware wird dadurch von allen Beschränkungen frei (RG. 51, 139; RGSt. 31, 392; anders RG. in PMBl. 8, 158). Selbst wenn die patentierte Ware mit Kenntnis vertraglicher Verkehrsbeschränkungen (z. B. eines Einfuhrverbots oder eines Preislimits) von dem weiteren Abnehmer bezogen wurde, ist letzterer nicht zur Einhaltung dieser Schranken verbunden (RGSt. 36, 180; JW. 02 Beil. 144).

Anm. 7. b) Der Verkäufer haftet für den Rechtsbestand des verkauften Patents (§ 437 Abs. 1 BGB.). Dies bedeutet: der Verkäufer haftet für die Tatsache und die Aufrechterhaltung der Patenterteilung, sowie für die weitere Tatsache, daß dem freien Vertrieb der patentierten Erzeugnisse kein anderes Patent entgegensteht (RG. 20, 94), endlich auch dafür, daß vor der Anmeldung eine offenkundige Vorbenutzung nicht stattgefunden hat (JW. 96, 362[42]), und daß keine nicht mitgeteilten Lizenzen bestehen. Letztere Verpflichtung ergibt sich aus §§ 434, 493 BGB. (vgl. RG. 59, 404). Die Rechte des Käufers hinsichtlich der Vertragserfüllung richten sich nach § 440 BGB. Für die Mängelhaftung finden im allgemeinen die Gewährleistungsvorschriften des Sachkaufs nach § 493 BGB. entsprechende Anwendung (Kohler, Handb. § 232; Seligsohn, PatGes., 3. Aufl., § 6 Nr. 4b; Allfeld, PatGes. § 6 Nr. 6b). Für die Patentfähigkeit, d. h. für das wirkliche Vorhandensein der Eigenschaften, die das Gesetz zur Patentierung einer Erfindung verlangt, steht der Verkäufer zwar ein, nicht aber für gewinnbringenden Erfolg, also nicht für die Verwertbarkeit; es wäre denn, daß dem Patent die Verwertbarkeit überhaupt abgeht (vgl. JW. 04, 157[37]). Daher findet auch keine Anfechtung wegen Irrtums statt, wenn das Patent bereits einmal verkauft und von jenem Käufer mit ungünstigem Erfolg erprobt wurde (JW. 96, 362[42]). Hat der Verkäufer dem Käufer das Patent zur Probe überlassen, so bedeutet das Schweigen während der Probefrist (§ 494 BGB.) nicht Genehmigung (RG. im Recht 05, 317[1523]; dagegen RG. 34, 305).

Wird das verkaufte Patent nachträglich für nichtig erklärt, so war wegen der rückwirkenden Kraft der Nichtigerklärung von Anfang an Unmöglichkeit der Erfüllung vorhanden (§§ 1, 10 PatGes.). Es hat alsdann eine Ausgleichung des Nutzens mit dem Schaden nach § 812 BGB., jedoch nicht nur äußerlich nach dem Verhältnis des Zeitraums vom Vertragsschluß bis zur Rechtskraft der Nichtigerklärung, stattzufinden (RG. 17, 53; 19, 406; 20, 130; 59, 134; JW. 00, 189[21]; 02, 533[11]; 04, 157[37]; anders Kohler 350, 399, 584). Die rückwirkende Kraft der Nichtigerklärung macht sich auch dahin geltend, daß ein wissentliches Zuwiderhandeln

Digitized by Google

gegen das Recht des Patentinhabers nachträglich straflos (RGSt. 7, 148; 14, 261; 30, 187), ein das Patentrecht schützendes richterliches Gebot durch die Nichtigerklärung nachträglich hinfällig wird (JW. 00, 154[13]; 160[37]; 06, 400[33]; vgl. Isay, Patentrecht S. 220 u. 227), und alle Schadensansprüche wegen Patentverletzung gegenstandslos werden müssen. Exkurs vor § 373.

c) Der Kauf einer erst zum Patent angemeldeten Erfindung als eines Vermögensrechts (RG. 52, 230) hat die Neuheit der Erfindung und die Erteilung des Patents zur Voraussetzung, wenn nicht etwa der Käufer auf die Patentfähigkeit verzichtet hat (RG. in PMZBl. 5, 202). Wird eine wirkliche Erfindung (nicht nur eine Entdeckung, JW. 03, 187[50]) vor der Patentanmeldung veräußert, so handelt es sich um die Übertragung oder Ausübung eines Vermögensrechts, falls die Erfinderidee gewerblich verwertbar ist (RG. 29, 50; JW. 96, 192[23]; 359[28]; 360[29]); beide Teile gehen alsdann davon aus, daß kein Dritter für diese Erfindung ein Patent erlangt hat (RG. 20, 94). Wird eine Sache als patentierte verkauft, so ist die Patentierung eine zugesicherte Eigenschaft. Wer eine dem Patentschutz unterliegende Sache ohne Vorbehalt verkauft, übernimmt damit stillschweigend die Garantie, daß der Käufer nicht nachträglich eine Lizenzgebühr zahlen muß; es sei denn, daß dem Käufer der Anspruch auf Lizenzgebühr bekannt war (s. JW. 00, 157[19]). Anm. 8.

3. Der **Patentlizenzverkauf** (§ 6 PatGes.; Lit. in RGSt. 31, 393) beläßt dem Patentinhaber das Patentrecht. Nur die Benutzung wird dem Lizenznehmer gegen Entgelt für die Dauer des Patents übertragen. Der Patentinhaber, der einen länger dauernden Lizenzvertrag abschließt, macht sich wegen Zusicherung einer unmöglichen Leistung nach §§ 306, 307 BGB. haftbar (RG. 51, 92). Der Lizenzvertrag verleiht dem Lizenznehmer regelmäßig nur ein obligatorisches Recht. Ob man dieses Recht der Pacht (Volze in Gruch. 39, 8; Kohler §§ 201, 235; Seligsohn § 6 Nr. 9 u. 10; Allfeld § 6 Nr. 9b) oder der Miete (ROHG. 19, 406; Munk, Die patentr. Lizenz) gleichstellt oder als eine eigentümliche Rechtsbildung (Gierke, Deutsches Privatrecht I 890) behandelt, könnte vornehmlich für die Gewährleistung in Betracht kommen; aber gerade hier hat die fortschreitende Entwicklung eigenartige Grundsätze ausgebildet, die darin gipfeln, daß der dritte Erwerber des Patents gleichfalls an die von seinem Vorgänger erteilte Lizenz gebunden ist. Regelmäßig geht der Inhalt des Lizenzvertrags dahin, daß der Patentinhaber gegenüber dem Lizenznehmer von seinem Untersagungsrecht (oben Anm. 5) keinen Gebrauch machen darf. Gegen dritte Störer kann der Lizenznehmer, weil ihm das Verbietungsrecht nicht übertragen ist, nur nach Abtretung der Rechte des Patentinhabers vorgehen (RG. 17, 53; 33, 103). Der Patentinhaber muß sich zu dieser Abtretung verstehen. Unter Umständen genügt er durch solche Abtretung seiner Pflicht noch nicht, sondern er muß sich zu selbständigem Vorgehen z. B. dann entschließen, wenn der Störer einer seiner Lizenznehmer ist (RG. 54, 272). Die ausschließliche Lizenz, d. h. die Übertragung alleiniger Benutzung des Patents — mag sie auch inhaltlich, zeitlich oder örtlich beschränkt sein — ist dagegen eine Art dinglichen Benutzungsrechts (JW. 01, 656[18]; 04, 154[82]; RGSt. 31, 393; vgl. RG. 31, 300; Sachkauf). Der Verzicht des Patentinhabers auf das Patent berührt diese Lizenz nicht (Kohler § 200). Dieser Lizenznehmer hat das Recht selbständigen Auftretens (RG. 57, 40; JW. 01, 656[18]) und ist daher auch strafantragsberechtigt (RGSt. 11, 268; vgl. RG. 38, 42). Man wird aber mit Damme (Das deutsche Patentrecht, Berlin 1906, S. 394) noch weitergehend die ausschließliche Lizenz nur als ein Beispiel des Grundsatzes ansehen sollen, daß es auf den Parteiwillen ankommt, ob im einzelnen Fall auch das Verbietungsrecht, also das Recht selbständigen Auftretens, durch Erteilung einer gewöhnlichen Lizenz übertragen werden sollte. Anm. 9.

a) Der Lizenzvertrag setzt nur die Patenterteilung und den Bestand des Patents z. Z. der Lizenzerteilung, nicht aber die Patentfähigkeit (oben Anm. 7) oder die Verwertbarkeit der patentierten Gegenstände voraus; denn die Übernahme der gewerblichen Ausbeutung einer patentierten Erfindung ist ein gewagtes Geschäft (RG. 17, 56; 33, 103; JW. 94, 67[25]; 437[51]; 98, 19[49]; 00, 317[18]; anders Allfeld § 6 und Volze 15 Nr. 226). Allerdings wird man im Zweifel als Vertragswillen zu unterstellen haben, daß das Patent nicht gänzlich un- Anm. 10.

Digitized by Google

Exkurs vor § 373. verwertbar sein darf; auch kann die Verkäuflichkeit unter Umständen die Bedeutung einer wesentlichen Vertragsbedingung haben, z. B. wenn der Lizenznehmer auf die Verwertung durch weitere Lizenzverkäufe sollte rechnen dürfen (JW. 00, 555[9]), oder wenn von dem Absatz eine Vertragsstrafe abhängt (JW. 97, 371[15]).

Anm. 11. b) Der Lizenznehmer erwirbt ein Recht zur Herstellung und zum Vertrieb des patentierten Gegenstandes. Nur ausnahmsweise hat er auch eine Verpflichtung dazu. Aus dem einseitigen Interesse des Patentinhabers allein läßt sich ein dahingehender ausnahmsweiser Parteiwille nicht herleiten. Es bedarf deshalb der Feststellung der gemeinschaftlichen Absicht beider Teile, die regelmäßig auf eine lohnende Ausbeutung gerichtet ist (vgl. JW. 97, 371[15] u. § 11 Nr. 1 PatGes.). Tritt der Patentinhaber wegen Vertragsverletzung vom nicht erfüllten Vertrag zurück, so will er von der Verpflichtung, gegen die Ausnutzung des Patents keinen Widerspruch zu erheben, befreit sein. Erfüllungsort für diese streitige Verpflichtung ist seine Niederlassung oder sein Wohnsitz (RG. in Holdheim 15, 104). Will der Patentinhaber hinsichtlich des erfüllten Vertrags wandeln, so handelt es sich um die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Rückerstattung. Erfüllungsort ist Niederlassung oder Wohnsitz des Lizenznehmers (vgl. RG. 27, 398).

Anm. 12. c) Wird das Patent nachträglich für nichtig erklärt, so verhält es sich anders als beim Patentkauf (oben Anm. 7). Der Lizenzverkäufer hat den Vertrag, der nur die Patentbenutzung zum Gegenstand hat, bis zur Nichtigerklärung erfüllt (RG. 20, 128; JW. 00, 317[18]; 05, 543[35]; Bolze 11 Nr. 414; Düringer-Hachenburg 3, 43; Kohler § 235 nimmt an, daß der Vertrag von Anfang an auf einen unmöglichen Gegenstand gerichtet war). Es handelt sich im Fall der Nichtigerklärung des Patents auch nicht um einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft, sondern es liegt überhaupt kein Irrtum hinsichtlich des Patentrechts vor; denn das Geschäft ist ein gewagtes (oben Anm. 10). Folglich gebühren dem Patentinhaber die Lizenzgebühren bis zur Nichtigerklärung, und kann der Lizenznehmer seine Gegenleistungen für diesen Zeitraum nicht zurückfordern (RÖHG. 19, 406; RG. 20, 128; JW. 03, 104[21]). Eine weitere Folgerung ist die, daß der Lizenznehmer, wenn er dem Patentinhaber gegenüber die Verpflichtung zur Einführung oder zur alleinigen Führung des patentierten Gegenstandes übernommen hat, für jede Verletzung dieser Pflicht haftbar bleibt, wenn die Verletzung zeitlich vor die rechtskräftige Nichtigkeitserklärung fällt (RG. II 516/06; Urt. v. 10. 4. 06).

Selbstverständlich können Lizenzverträge so abgeschlossen werden, daß der Vertrag auch für den Fall der Nichtigerklärung des Patents für die Zukunft ganz oder teilweise aufrechterhalten bleibt (JW. 02, 222[35]).

Anm. 13. 4. Der sogenannte **Lieferungsvertrag**, d. h. der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, einem anderen eine Sache zu beschaffen, die er zu diesem Zwecke erst anschafft, fällt schon nach § 433 BGB. unter die Regeln vom Kauf. Der gegen die Vorschriften des ALR. gerichtet gewesene Art. 338 HGB. ist dadurch überflüssig geworden und gestrichen. Ist der Gegenstand des Lieferungsvertrages daher eine Ware oder ein Wertpapier, und ist ein Teil Kaufmann, so liegt ein Handelskauf vor.

Anm. 14. 5. Ferner aber wird nach den Regeln des Kaufs ein Vertrag beurteilt, durch den sich jemand verpflichtet, eine Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, sogenannter **Werklieferungsvertrag**. Handelt es sich um eine vertretbare Sache, so bestimmt dies schon § 651 Abs. 1 BGB. Ist also der Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache ein Handelsgeschäft, so liegt ein Handelskauf vor (D. 228). Das Gesetz macht keine Unterscheidungen (anders Planck § 651 Anm. 3b).

Anm. 15. Handelt es sich aber um eine nicht vertretbare Sache, so ist der Vertrag nach bürgerlichem Recht nicht lediglich nach den Regeln vom Kauf zu beurteilen; vielmehr finden zum Teil die Regeln vom Kauf, zum Teil die Regeln vom Werkvertrag Anwendung (§ 651 Abs. 1 BGB.), weil ein sowohl dem Kauf als dem Werkvertrag verwandtes Rechtsverhältnis

Digitized by Google

vorliegt. Die Verwandtschaft mit dem Werkvertrag zeigt sich darin, daß die besonderen Bedürfnisse des Bestellers und die diesen Bedürfnissen angepaßte Arbeitsleistung des Unternehmers der Verpflichtung zur Lieferung der Sache einen individuellen Charakter verleiht. Deutlich tritt hier diese Eigentümlichkeit in den Vordergrund bei Anfertigungen auf Grund einer Erfindung, bei Verwirklichung eines künstlerischen Gedankens, bei Einrichtung einer Fabrik und bei Herstellung einer Anlage; als solche Anlage kann unter Umständen auch die Anfertigung einer Maschine betrachtet werden (näheres hierüber zu § 381). Auf einen solchen Vertrag läßt § 651 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Regeln über den Kauf zwar grundsätzlich zur Anwendung kommen, ändert diese Regeln jedoch nach den für den Werkvertrag geltenden Bestimmungen ab (hierüber zu § 381). Exkurs vor § 373.

Ist der Vertrag, nach dem der Unternehmer aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff eine *nicht vertretbare Sache* herzustellen hat, ein *Handelskauf* und der herzustellende Gegenstand eine *bewegliche Sache*, so erleiden die soeben erörterten Grundsätze gemäß § 381 Abs. 2 HGB. eine Abänderung; es finden nämlich außer den nach § 651 Abs. 1 Satz 2 BGB. gemischten Regeln des Werkvertrags und des Kaufs noch weiter die §§ 373—380 HGB. Anwendung. (So auch schon nach RG. 25, 89; ROHG. 14, 43.) Das bedeutet im wesentlichen: Ist der Kauf ein zweiseitiges Handelsgeschäft, so muß der Besteller das Werk unverzüglich nach der Ablieferung untersuchen und seine Gewährleistungsansprüche durch rechtzeitige Mängelrüge wahren. Sind die Rechte so gewahrt, so beginnt die Verjährung dieser Ansprüche nicht wie beim Kauf mit der Ablieferung (§ 477 BGB.), sondern wie beim Werkvertrag mit der Abnahme des Werks (§ 638 BGB.), d. h. mit der körperlichen Entgegennahme, in dem äußerlich erkennbaren Willen, die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung hinzunehmen (RG. 58, 338; JW. 05, 135[6]). Daß § 381 Abs. 2 nicht alle Vorschriften über den Handelskauf, sondern nur die §§ 373—380 auf einen solchen Vertrag anwenden will, sagt D. 228 ausdrücklich. Dieser Wille des Gesetzgebers hat auch im Gesetze selbst deutlichen Ausdruck gefunden. In der Rechtsprechung (OLG. Jena ThürBl. 52, 235; KG. in DJZ. 03, 322; OLG. Breslau im Recht 02, 560; anders OLG. Hamburg in OLGR. 9, 274) und in der Literatur (Makower § 381 IIb 2; Düringer-Hachenburg § 381 VI, Lehmann-Ring § 381 Nr. 3) ist diese Meinung die herrschende. Die entgegengesetzte Ansicht der 6./7. Aufl. wird nicht aufrechterhalten.

o. Über die *Natur des Elektrizitätslieferungsvertrags* bestehen verschiedene Auffassungen (Dernburg III § 1, 3: Sachkauf; Blaß, Das Rechtsgut der Elektrizität, 1898: besonderer Vertrag; Ludewig, ZHR. 35, 29: Dienstmiete; Pfleghardt, Die Elektrizität als Rechtsobjekt, 1901/2 u. in KohlersA. 24, 677; Sachmiete; Schlecht, Das Rechtsgut der Elektrizität 1906 u. in SeuffBl. 67, 3 u. Kuhlenkampf in Belings Abh. 05 Heft 59, 29: Werkvertrag). Wasser in Wasserleitungen und Sammelbehältern (RGSt. 14, 121 JW. 01, 442[21]), Leuchtgas (RGSt. 11, 117) und Dampf in Röhrenleitungen sind körperliche bewegliche Sachen; nicht aber ist der elektrische Strom eine Sache im Sinne des § 90 BGB. Denn der Sachbegriff des BGB. verlangt einen selbständigen körperlichen Gegenstand mit räumlicher körperlicher Herrschaft. Wie dem Licht und der Wärme fehlt aber der Elektrizität die Faßbarkeit und Selbständigkeit; denn sie ist immer an eine Kraftanlage gebunden (RGSt. 29, 111; 32, 165; anders RG. 17, 269; vgl. § 1 Anm. 38). Das Reichsgesetz vom 9. April 1900, betr. die Bestrafung der Entziehung der elektrischen Arbeit (RGBl. 228), hat nach seinem Inhalt auch zivilrechtliche Bedeutung. Die Entwurfsbegründung S. 3 führt aus, daß man beim Gebrauch elektrischer Arbeit nur von elektrischer Energie reden könne. In der Kommission wurde noch besonders hervorgehoben, daß elektrische Arbeit und elektrische Energie gleichbedeutende Ausdrücke seien (vgl. RGSt. 35, 314). Damit sollte einem Mißverständnis vorgebeugt werden, damit nicht über Ablehnung des Sachbegriffs Zweifel entstehen können. Anm. 16.

Die Entwurfsbegründung will also der Elektrizität die Sacheigenschaft absprechen, indem nur die Verwertung elektrischer Arbeit unter strafrechtlichen Schutz gestellt wurde. Auch beim Elektrizitätslieferungsvertrag bildet nur elektrische Arbeit den Vertragsinhalt. Daher ist sowohl

Digitized by Google

Exkurs vor § 373.

die Annahme eines Kaufs als auch einer Sachmiete abzulehnen. Aber auch eine Dienstmiete liegt nicht vor; denn der beiderseitige Wille ist nicht auf die Leistung von Diensten oder Handlungen, sondern auf deren Erfolg, d. h. auf die Licht- und Kraftwirkung, gerichtet. Somit ist der Elektrizitätslieferungsvertrag ein Werkvertrag, einerlei, ob eine bestimmte Leistung auf Grund eines Pauschvertrags oder die Lieferung elektrischer Energie von bestimmter Stärke nach Messung eines Zählers den Vertragsgegenstand bildet. Die Mitlieferung des Elektrizitätszählers, häufig als Vermietung bezeichnet, ist nur eine Nebenverpflichtung, die in dem Hauptvertrag aufgeht.

Es sind dies dieselben Grundsätze, wie bei der Übertragung von Wasser-, Dampf- und Triebkräften aller Art (Druckluft). Hier handelt es sich überall nicht um Sachen, sondern um Arbeitsleistungen. Anders beurteilt sich die Lage, wenn die Lieferung der Elektrizität sich nur als eine Nebenleistung darstellt; z. B. wenn eine Fabrik vermietet ist, und der Vermieter sich zugleich zur Beschaffung der erforderlichen Elektrizität verpflichtet. Letztere Verpflichtung ist dann Nebenleistung zum Zwecke des Gebrauchs der Sache und geht in der einheitlichen Sachmiete auf (vgl. RG. 33, 47). Ob eine solche Einheitlichkeit gewollt war, hängt davon ab, ob solche Verträge verschiedenartiger Natur innerlich derart zusammengehören, daß der eine Vertrag nur als Nebenbestandteil des andern zu betrachten ist (vgl. RG. 37, 91; Gruch. 26, 996).

Anm. 17. **III. Der Abschluß des Handelskaufs.**

1. Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Die Formfreiheit beruht aber nicht auf einer Vorschrift des HGB., sondern ergibt sich daraus, daß schon das BGB. von der Regel ausgeht, daß die Verträge formfrei sind. Infolgedessen gelten allerdings auch die Ausnahmen des BGB. Aber für einen Kaufvertrag über eine bewegliche Sache oder ein Wertpapier hat das BGB. auch nicht ausnahmsweise eine Formvorschrift aufgestellt, es müßte denn sein, daß man die Vorschrift des § 311 BGB. als solche betrachtet. Diese Vorschrift bestimmt, daß ein Vertrag über das ganze Vermögen in gerichtlicher oder notarieller Form abgeschlossen werden muß. Zum ganzen Vermögen können auch Waren und Wertpapiere gehören. Im Handelsverkehr kann dies praktisch werden bei der Übertragung des ganzen Vermögens einer AktG. oder Gesellschaft m. b. H., nicht auch beim bloßen Verkauf eines Geschäfts (§ 350 Anm. 33; § 22 Anm. 20).

Anm. 18. Keine Ausnahme von dem Grundsatz der Formfreiheit machen die Wertpapiere, die durch Indossament übertragen werden. Denn hier handelt es sich ja nicht um den Akt, durch den das Recht aus den Wertpapieren übertragen wird, sondern um den obligatorischen Vertrag, durch den man die Pflicht der Übertragung übernimmt und das Recht der Übertragung erwirbt. Die Indossierung des Wertpapiers ist die Erfüllung des Kaufgeschäfts. Dieses selbst bedarf auch bei indossabeln Wertpapieren keiner Form.

Anm. 19. Die Vorschrift über die Form von Grundstücksveräußerungsverträgen (§ 313 BGB.) kommt hier nicht in Betracht, da der Kaufvertrag über ein Grundstück kein Handelskauf ist (vgl. oben Anm. 3). Auch die Formvorschrift des § 15 des Gesetzes, betr. die Gesellschaften m. b. H., nach dem der obligatorische Vertrag über Veräußerung von Geschäftsanteilen einer solchen Gesellschaft an die gerichtliche oder notarielle Form geknüpft ist, kommt hier nicht in Betracht, weil ein solcher Geschäftsanteil weder eine bewegliche Sache, noch ein Wertpapier ist, und daher nicht Gegenstand eines Handelskaufs sein kann (oben Anm. 3).

Anm. 20. Hiernach kann der Handelskauf regelmäßig in formloser Weise geschlossen werden. Unter Umständen genügen auch stillschweigende Willenserklärungen. Es ist nichts weiter erforderlich, als daß nach den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen die beiden übereinstimmenden Willenserklärungen vorhanden sind. Die Regeln über Vertragsschluß, Offerte und Annahme sind im Exkurse zu § 361 erörtert.

Anm. 21. 2. Daß zwei bestimmte Parteien miteinander einig werden, ist wesentlich (über Schlußnoten mit vorbehaltener Aufgabe vgl. § 95 Anm. 1 ff.); dabei können auch bestimmte Eigenschaften des Gegenkontrahenten z. B. als Primaablader ausbedungen werden (§ 95 Anm. 5). Hier kann schon ungünstige Auskunft einer vertrauenswürdigen Firma, also be-

Digitized by Google

rechtigter Zweifel die Primaabladereigenschaft entziehen (§ 157 BGB.; RG. II 349/05; Urt. v. 13. 3. 06). War der Verkäufer gestissentlich in den Glauben versetzt, es handle sich um einen inländischen Käufer, während ihm nachher ein ausländischer Käufer genannt wird, der teurer hätte einkaufen müssen, so unterliegt der Kauf der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (SächsA. 14, 636). Über den Abschluß eines Vertreters mit sich selbst vgl. Exk. zu § 58 Anm. 10. Exkurs vor § 373.

3. Die Willenserklärungen der Vertragschließenden müssen in allen den Punkten übereinstimmen, die von den Parteien als für sie wesentlich betrachtet werden. Der Kaufvertrag ist nicht etwa perfekt, wenn über Preis und Ware eine Einigung erzielt ist, die von den Parteien angestrebte Einigung über andere Punkte, auf die sie Wert legen, aber noch aussteht. Dies ist in § 154 BGB. ausdrücklich ausgesprochen (Bolze 16 Nr. 217; vgl. das Nähere im Exk. zu § 361 Anm. 82 ff.). Es ist nicht unzulässig, für eine Partei ein in deren Willkür gestelltes Rücktrittsrecht z. B. dahin auszubedingen, daß ein Geschäftskauf nicht gelte, wenn der Käufer nicht auch das dazu gehörige Anwesen erwerbe (vgl. auch § 350 Anm. 73). Die Abmachung, nicht genehme Ware dem Reisenden des Verkäufers bei dessen nächstem Besuch zurückgeben zu dürfen, ist als ein unbedingter Abschluß zu betrachten, wobei dem Käufer gestattet ist, das Geschäft bis zu diesem nächsten Besuch wieder rückgängig zu machen (ROHG. 24, 344). Auch jede beliebige andere Bedingung kann dem Kauf beigefügt werden. Ist die Bedingung aber derart gesetzt, daß der Partei, deren Behauptung bei einem Meinungsstreit sich als richtig erweise, bestimmte Waren von der anderen zu einem niedrigen Preis verkauft werden müssen, so liegt kein Kauf sondern eine klaglose Wette vor (RG. 61, 153; dagegen Laband DJZ. 06, 850). Anm. 22.

4. Es ist zur Perfektion jedenfalls erforderlich, daß Preis und Ware bestimmt sind. Doch ist der Begriff „bestimmt" nicht wörtlich zu nehmen. Er ist zu erweitern in „bestimmbar" und ist vorhanden, wenn die Parteien sich über die Faktoren der Preisfestsetzung derart geeinigt haben, daß die Festsetzung des Preises der Willkür einer Partei entrückt ist und ohne weitere Zustimmungserklärung der Parteien objektiv erfolgen kann. Es genügt, daß die Leistung aus objektiv gegebenen Momenten bestimmbar ist (RG. 60, 174; Bolze 7 Nr. 577). — Rechenfehler in der Preisbestimmung einer Offerte sind regelmäßig nicht beachtlich (RG. 55, 367; Bolze 3 Nr. 493; 16 Nr. 260; vgl. Exk. zu § 346 Anm. 7), wenn eine Willenseinigung stattgefunden hat (Exk. zu § 361 Anm. 91 ff.). Kalkulationen sind auch keine verkehrswesentlichen Eigenschaften nach § 119 Abs. 2 BGB., weil sie sich nicht unmittelbar auf die Kaufsache beziehen (s. JW. 06, 378[5]). Dasselbe gilt von einer Wertstaxe; es wäre denn, daß die Taxe alle Eigenschaften der Sache in Form einer Schätzung zusammenfassen sollte und erkennbar zur Grundlage des Vertrags gemacht worden ist. Es können die Umstände aber doch eine Anfechtung wegen Irrtums zulassen, z. B. wenn der abschließende Vertreter des Käufers erhebliche den Wert der Kaufsache beeinflussende Umstände nicht kannte (JW. 04, 112[5]; SeuffA. 17, 35), oder wenn der Käufer auf Grund einer vom Gegner aufgestellten falschen Berechnung in Irrtum versetzt werde (JW. 03 Beil. 119[264]), wie überhaupt in allen Fällen in denen die Kalkulation zum Vertragsinhalt gemacht worden ist. Letzteres trifft zu, wenn dem Gegner bei der entscheidenden Verhandlung (aber nicht nur beiläufig), der Kaufpreis als durch die angegebene Berechnung zustande gekommen bezeichnet worden ist. Auch so kann die Sache liegen, daß nur das arithmetische Verhältnis von Zahlengrößen verkannt ist. Dies kann zu einer Richtigstellung des Preises führen, weil alsdann nur der wahre Wille beider Teile zu erforschen ist (SeuffA. 37, 393; Bolze 3 Nr. 479, 486, 493; 14 Nr. 281). Anm. 23.

Einzelne Fälle:

a) Dem Erfordernis der Bestimmbarkeit wird dadurch genügt, daß die Bestimmung einem Dritten überlassen wird (§ 317 BGB.), der im Zweifel nach billigem Ermessen zu bestimmen hat (vgl RG. in DJZ. 05, 305). Bei objektiver Unbilligkeit der Bestimmung (RG. in DJZ. 04, 554 u. RG. 20, 398) wie im Fall der Weigerung oder Verzögerung seitens des Dritten Anm. 24.

Digitized by Google

Exkurs vor § 373.

hat das gewillkürte Ermittelungsverfahren kein Ergebnis gehabt, und erfolgt die Bestimmung durch Urteil (§ 319 BGB.). Dasselbe gilt, wenn die Bestimmung des Dritten auf falschen tatsächlichen Voraussetzungen beruht, oder wenn er die vereinbarten sachlichen Grenzen überschritten hat (vgl. ROHG. 16, 431; 18, 345; Bolze 5, 533; JW. 91, 475[30]), oder wenn der Vertragsgegner seine Mitwirkung zur Ernennung eines Schiedsmannes verweigert (RG. 33, 365). Hierher gehört der Fall nicht, wenn die von einer Kommission für dergleichen Geschäfte allgemein (also nicht für das besondere Geschäft) ermittelten Marktpreise maßgebend sein sollen; hier kommt es auf die Unangemessenheit der Preisnotierungen nicht an (JW. 04, 289[9]). Die Parteien können aber auch vereinbaren, daß die Bestimmung des Dritten unbedingt maßgebend sein soll; alsdann gilt diese Bestimmung auch im Fall offenbarer Unbilligkeit (so daß nur kollusionsweises Zusammenwirken mit einer Partei die Bestimmung nach § 826 BGB. hinfällig macht; ROHG. 18, 346; RG. 24, 360; vgl. § 318 BGB.). Eine solche Parteiabsicht ist z. B. in der Abrede des Ausschlusses des Rechtswegs und in der Arbitrageklausel enthalten.

Die Arbitrageklausel ist dahin zu verstehen, daß der Käufer die Ware, wenn sie noch als zur Vertragserfüllung geeignet erscheint, annehmen muß und wegen des Minderwerts gegenüber der vereinbarten Qualität nur Preisminderung nach der Entscheidung gewählter oder ernannter Arbitratoren verlangen kann. Die Ansprüche auf Wandelung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und auf Nachlieferung sind also vertragsmäßig ausgeschlossen (RG. 47, 142). Wird vom Käufer die Ware als schlechterdings unempfangbar zurückgewiesen z. B. wegen betrügerischer Packung, so ist das Arbitrageverfahren ausgeschlossen (RG. 47, 142). Die „freundschaftliche" Arbitrage (arbitrage à l'amiable) kann nur stattfinden, wenn beide Parteien die entsprechende Zahl von Arbitratoren aus der Arbitragekommission wählen. Andernfalls hat die amtliche Arbitrage des betreffenden Platzes einzutreten (Breslauer Handelsk. in Zeitschr. d. Anwaltskammer Breslau 04, 16; vgl. auch OLG. Hamburg OLGR. 9, 89). Die Arbitratoren sind, wenn die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbaren, nicht Schiedsrichter sondern Schätzer, die an Stelle der Parteien den Vertragsinhalt durch tatsächliche Auslegung hinsichtlich des Preises festsetzen (RG. 6, 198; 24, 412; 45, 350). Daher können sie (anders als die Schiedsrichter, RG. 41, 398) nach abgegebenem Spruch im Fall der Beanstandung nach erneuter Prüfung einen neuen Spruch abgeben, wenn dies dem Vertrag nicht widerspricht. Weiteres s. Exk. zu § 372 Anm. 46b. Lit.: Frommer, ZHR. 39, 325; Zander, Gruch. 49, 792.

Anm. 25. b) Nach § 315 BGB. ist es sogar gestattet, die Bestimmung der Leistung einem der Vertragschließenden zu überlassen. Dem Erfordernisse der Bestimmbarkeit ist in diesem Falle dadurch genügt, daß im Zweifel eine solche Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist (z. B., wenn nach den beim Verkäufer üblichen Sortierungen gekauft ist). Bei Kaufverträgen ist das immer anzunehmen, und wenn es in gegebenen Fällen nicht anzunehmen ist, z. B., wenn die Bestimmung der reinen Willkür anheimgegeben ist (ROHG. 7, 157), so würde eben dem Erfordernisse der Bestimmbarkeit nicht genügt und der Vertrag nicht gültig sein. Wenn die getroffene Bestimmung der Billigkeit nicht entspricht oder verzögert wird, so erfolgt die Bestimmung durch Urteil, wie dies § 315 BGB. vorschreibt (die Klage wird je nach den Umständen bald die Feststellungs-, bald die Leistungsklage sein, vgl. JW. 06, 683[5]). An die einmal getroffene Bestimmung ist aber der Bestimmende gebunden. Er kann den von ihm bestimmten Preis nicht mehr erhöhen, wenn sich nachher herausstellt, daß der angemessene Preis ein höherer ist; es sei denn, daß ein Anfechtungsgrund vorhanden ist (ROHG. 11, 247; Dernburg II 1 § 86 III). Die Ware, die der Verkäufer auswählt, muß immer noch eine gute und der Preis ein solcher sein, daß der Absatz neben der Konkurrenz möglich ist (RG. 17, 20). Der Fall des § 315 ist auch gegeben, wenn der Verkäufer zum Selbstkostenpreis verkauft hat; eine ziffermäßige Feststellung ist nicht möglich; es ist ein annehmbarer Preis gemeint und zwar nach billigem Ermessen des Verkäufers. Auch wenn der Vertragsinhalt oder das Verkehrsgebräuchliche keinen Anhalt zur Bestimmung der Leistung bieten, findet § 315 BGB.

Digitized by Google

Anwendung. Der Vertrag ist auch dann geschlossen (OLG. Hamburg in OLGR. 8, 439; anders Dernburg II 1 § 86 I 1). Hierher gehört auch der Fall, wenn Generalversammlung, Vorstand, oder Aufsichtsrat gemäß § 212 den Rübenpreis nach Ermessen festzusetzen hat. Im Fall der Unangemessenheit kann der Richter in den Grenzen des § 216 angerufen werden (vgl. § 212 Anm. 6). Exkurs vor § 373.

c) Aus § 316 BGB. ergibt sich, daß ein Kaufvertrag sogar dann abgeschlossen sein kann, wenn die Bestimmung des Preises überhaupt nicht erfolgt ist. Wenn nur aus sonstigen Umständen feststeht, daß ein perfekter Kaufvertrag geschlossen wurde, so liegt eine Preisvereinbarung, trotzdem sie nicht ausdrücklich getroffen ist, deshalb vor, weil in solchen Fällen im Zweifel anzunehmen ist, daß einer der beiden Parteien, und zwar dem Verkäufer, die Preisbestimmung zusteht (RG. 57, 49), jedoch nach billigem Ermessen (§ 315 BGB.). So gestaltet sich die Lage regelmäßig, wenn ein Kaufvertrag in der Meinung geschlossen ist, der Verkäufer solle den angemessenen Preis fordern dürfen. Fordert der Verkäufer in solchen Fällen einen Preis, so ist er jedenfalls daran gebunden (oben Anm. 25), der Käufer nur, wenn er wirklich angemessen ist; sonst kann er Herabsetzung durch richterliches Urteil verlangen (oben Anm. 25). — Umgekehrt hat der Käufer die Wahl, wenn ein Warenlager entweder zum Tages- oder zum Fakturenpreis übernommen werden soll; denn er ist der Schuldner (§ 262 BGB.; JW. 05, 284[7]). Anm. 26.

Ein Fall der Anm. 26 ist es, wenn die Parteien über den Preis verhandeln und schließlich sagen: „Wir werden schon einig werden". Wird in solchen Fällen die Ware gegeben und genommen, dann ist klar, daß die Parteien einen Kaufvertrag schließen und als Kaufpreis den Satz vereinbaren wollten, den redliche Männer für eine Ware dieser Art zahlen. Es gilt dann der angemessene Preis als vereinbart. Anm. 27.

Ein Fall dieser Art liegt aber nicht vor, wenn die Meinung der Parteien die ist, der Käufer solle einen bestimmten Preis, z. B. den im Geschäftsbetriebe des Verkäufers allgemein geforderten zahlen. In solchem Falle ist durch die Erklärungen der Parteien in schlüssiger Weise ein Preis bestimmt und für die Bestimmung durch eine der beiden Parteien ist kein Raum mehr. So z. B. wenn jemand im Wirtshause sich Speisen bestellt, wenn jemand in der Apotheke oder in einem großen Warenhaus mit festen Preisen etwas kauft. Ebenso liegt der Fall des § 316 BGB. dann nicht vor, wenn die Sachlage ergibt, daß die Parteien einig sind, daß der in dem Handelszweige übliche Preis (der kundenübliche Preis; JW. 05, 436[16]) gezahlt werden soll. Dann ist objektiv, z. B. aus den Büchern (ROHG. 7, 157), zu ermitteln, was üblich ist. Dieser Preis ist zu zahlen: für die Bestimmung durch die Parteien, für ein billiges Ermessen ist kein Raum. Ein besonderer Fall dieser Art liegt dann vor, wenn nach den Umständen der Marktpreis als Kaufpreis gelten soll, was bei Waren, die einen Marktpreis haben, mangels einer anderweiten Preisbestimmung der Regel nach anzunehmen sein wird (Oertmann § 453 Anm. 1). **In diesem Falle gilt der Marktpreis als vereinbart, der für die Zeit und für den Ort der Erfüllung maßgebend ist** (§ 453 BGB.). Anm. 28.

α) **Was versteht man unter dem Markt- oder Börsenpreise?** Das ist nach Goldschmidt (Handbuch 2. Aufl. Bd. 2 § 64a) der Preis, der für eine Ware bestimmter Gattung und Art von durchschnittlicher Güte an dem Handelsplatze, an dem sie einen Markt hat, und in dessen Handelsbezirk zu einer gewissen Zeit im Durchschnitte gewährt wird. Der Preis muß also wirklich gezahlt sein. Eine bloße „Geldnotiz" ist kein Marktpreis in diesem Sinne (RG. 34, 118); ebensowenig eine „Briefnotiz", sondern nur eine „Bezahlt-Notiz". „Geld" bedeutet: Die Ware wurde gesucht; „Brief", „Papier", „Ware": die Ware wurde angeboten; „Bezahlt": es wurden Geschäfte zu diesem Preise abgeschlossen; „Bezahlt Geld": es wurden Geschäfte zu diesem Preise abgeschlossen, aber es war außerdem noch unbefriedigte Nachfrage vorhanden; „Bezahlt Brief" heißt: es wurden Geschäfte zu diesem Preise abgeschlossen, aber es war außerdem noch Angebot zu diesem Preise da. Anm. 29.

Wann ein Marktpreis als maßgebend zu betrachten ist, ist weder im HGB., noch im BGB. vorgeschrieben. Allein, was der frühere Art. 353 HGB. hierüber sagte, entsprach der Natur der Sache, und kann daher der Erläuterung zugrunde gelegt werden. Er be-

Digitized by Google

Exkurs vor § 373.

stimmte: als Marktpreis sei maßgebend der laufende Preis, der an dem maßgebenden Handelsplatze nach den dafür bestimmten örtlichen Einrichtungen festgestellt ist, in Ermangelung einer solchen Feststellung oder bei nachgewiesener Unrichtigkeit aber der mittlere Preis, der sich aus Vergleichung der geschlossenen Geschäfte ergibt.

Anm. 30. *αα*) In erster Linie ist es der laufende Preis, der nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt ist. Unter den örtlichen Einrichtungen sind vornehmlich die amtlichen verstanden (§§ 29ff. BörsGes.); doch können es auch private sein, vorausgesetzt, daß sie durch ihre Zuverlässigkeit ein solches Ansehen erlangt haben, daß man sie als örtliche Einrichtung betrachtet (RG. 34, 121).

Anm. 31. Solche Feststellungen haben infolge ihrer erfahrungsmäßigen Zuverlässigkeit die Vermutung der Richtigkeit für sich (ROHG. 5, 331); aber auch nicht mehr. Sie sind widerlegbar, und zwar nicht nur wegen Arglist, sondern auch wegen Schreibfehler, Versehen, auch wegen objektiver Unrichtigkeit (ROHG. 5, 331). Das Ziel der Anfechtung kann entweder der Beweis sein, daß ein anderer Preis der wahre Marktpreis ist, oder daß wegen zu geringfügiger Umsätze ein wirklicher Marktpreis gar nicht vorhanden ist (RG. 12, 9). Denn als selbstverständlich ist hier vorausgesetzt, daß als Grundlage der Feststellung eine so große Zahl von Kaufgeschäften abgeschlossen ist, daß aus ihrer Vergleichung überhaupt auf eine allgemeine Wertschätzung der fraglichen Ware innerhalb des Verkehrskreises geschlossen werden kann (RG. 12, 9). Auch daß der Kurs von einem Bankhause „diktiert" wird, kann die Maßgeblichkeit der Kursnotiz erschüttern. Denn in diesem Falle zeigt sie das nicht an, was sie anzeigen soll: den Grad der Verkäuflichkeit der Ware (RGSt. 23, 437). Von diesen an sich zutreffenden Gesichtspunkten aus ist nicht zu leugnen, daß die an den Börsen festgestellten Kurse sehr oft die Bezeichnung eines wahren Marktpreises nicht verdienen. In vielen Werten, insbesondere kleineren Kassapapieren, und ganz besonders in verkehrsstillen Zeiten, finden nur sehr geringe Umsätze statt; gleichwohl wird aus den tatsächlich gemachten Umsätzen, so gering sie auch sind, der Durchschnitt als amtlicher Kurs notiert. Der Gegenbeweis würde hier so manches Kaufgeschäft erschüttern. Es ist dabei aber festzuhalten, daß der Gegenbeweis dann versagt ist, wenn nach dem erkennbaren Parteiwillen der amtlich festgestellte Kurs schlechthin maßgebend sein sollte. Das Zulassen solcher Gegenbeweise wäre ein großes Hemmnis für den Verkehr (JW. 04, 289[9]). Wie aber, wenn die Ware nachträglich an der Börse nicht mehr notiert wird? In diesem Falle ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB.) zu ermitteln, was als Ersatz der früheren Börsennotierungen zu gelten hat. Der Vertrag wird nicht ungültig (JW. 07, 5[5]).

Anm. 32. *ββ*) In zweiter Linie ist darunter der mittlere Preis zu verstehen, der sich aus der Vergleichung einer größeren Zahl von Kaufverträgen ergibt, die zur fraglichen Zeit am fraglichen Orte geschlossen wurden (ROHG. 2, 194; RG. 34, 121). In zweiter Linie, d. h.: wenn ein Marktpreis nach den örtlichen Einrichtungen nicht festgestellt wird oder der festgestellte wegen nachgewiesener Unrichtigkeit nicht gelten kann. Bestehen zwar solche Einrichtungen, aber nicht für alle Werktage, so darf nicht etwa für die Zwischentage der letzte oder nächste Kurs als maßgebend betrachtet werden, wenn sie auch einen Anhaltepunkt für den in der Zwischenzeit herrschend gewesenen Preis gewähren (ROHG. 8, 100). Auch kommen in zweiter Linie nur die Geschäfte am Orte der Erfüllung in Betracht, wenn dort eine rechtsbeständige Preisnotierung stattfindet. Sind am Orte der Erfüllung solche Geschäfte nicht geschlossen, so besteht überhaupt kein Marktpreis. Sind aber Geschäfte geschlossen, so muß der mittlere Preis gefunden werden: es ist nicht für genügend erachtet worden, als ein Bankier den Börsenpreis mit 105½ % angab und der vernommene Sachverständige die Richtigkeit dieser Angabe mit den Worten bestätigte: es ist an diesem Tage in den Aktien sehr viel gehandelt worden; der niedrigste Kurs war 101,65, der höchste 105,52½; die Kurse schwankten sehr; es ist hiernach der Kurs von 105½ gezahlt worden und noch etwas mehr (RG. in SächsA. 6, 648). Nach der heutigen Art der Kursnotierung ist der Mittel-

Digitized by Google

kurs nicht mehr der Durchschnittskurs zwischen „Geld" und „Brief" (oben Anm. 29; Salings Börsenpapiere, 9. Aufl. I 214). Exkurs vor § 373. Anm. 33.

β) **Welcher Ort ist maßgebend?** Der Ort der Erfüllung, d. h. der Verpflichtung des Verkäufers (Planck § 453 Anm. 3), und zwar der Ort, an dem der Verkäufer nach dem Vertrage zu erfüllen hat, nicht der, an dem er tatsächlich erfüllt, sei es auch im Einverständnis mit dem Käufer (Hahn Art. 353 § 3). Über den Erfüllungsort s. Exk. zu § 372. Ist am Erfüllungsort kein Markt, so ist der Marktpreis des Ortes maßgebend, zu dessen Verkehrsbereich der Erfüllungsort inbezug auf Waren der betreffenden Art gehört (ROHG. 14, 141; RG. 6, 28). Denn entscheidend ist nicht der Marktpreis am Erfüllungsorte, sondern der für den Erfüllungsort maßgebende Marktpreis (Planck § 453 Anm. 3; Oertmann § 453 Anm. 2; Art. 353 A. D. HGB.).

γ) **Welche Zeit ist maßgebend?** Die Zeit der Erfüllung. Hier gilt dasselbe wie zu β. Bei Termin- und Tageskäufen macht dies keine Schwierigkeiten. Welche Zeit aber ist maßgebend bei Lieferungskäufen, bei denen der eine Teil den Tag der Erfüllung oder den Beginn der Lieferungsfrist bestimmt? Hier versagt die Auslegungsregel des § 453 BGB. Es ist der Wille der Parteien zu erforschen, ob der Tag des Vertragsschlusses (das wird wohl das Regelmäßige sein) oder der vom Kontrahenten gewählte Tag der Erfüllung oder der gewählte Beginn der Erfüllung zur Grundlage dienen soll (Hahn § 3 zu Art. 353 HGB.). Der § 315 BGB. findet hier entsprechende Anwendung (JW. 06, 683[8]; vgl. oben Anm. 25 und Exk. zu § 372 Anm. 44). Anm. 34

e) **Weitere Beispiele für das Erfordernis der Bestimmtheit von Ware und Preis:** Anm. 35. Genügend ist: „ziviler Preis", wenn es sich um marktgängige Ware handelt (ROHG. 5, 418); auch kundenüblicher Preis (ROHG. 7, 155); Übernahme eines Warenlagers zum „Buchwerte" (womit aber zuungunsten des Käufers nicht ein willkürlich, sondern ein nach verständigen Grundsätzen eingetragener Wert gemeint ist, OLG. Hamburg ZHR. 38, 195); Preisbestimmung zum Anschaffungswerte unter Hinzuziehung eines angemessenen Zuschlags (ROHG. 3, 44; 12, 123; RG. 3, 109; Bolze 18 Nr. 469, in welch' letzterem Urteil gesagt ist, daß zum Einstandspreise Lagerspesen und sonstige allgemeine Geschäftsunkosten hinzugerechnet werden können); Preisbestimmung in Aktien einer zu gründenden Gesellschaft (ROHG. 11, 225). Genügend ist, was die Bestimmtheit der Ware betrifft: Verpflichtung zur Bierabnahme je nach dem Geschäftsbedarf (ROHG. 14, 291), ebenso Bolze 8 Nr. 317 (der normalerweise zu erwartende, nicht der auf besonderen Gründen beruhende wirkliche Bedarf ist gemeint); ferner Bolze 6 Nr. 552 (bei Verpflichtung zur Abnahme nach Bedarf entscheidet der Gesichtspunkt eines anständigen und rechtlichen Kaufmannes; vgl. Exk. zu § 359 Anm. 4); RG. 46, 258 (zu unbestimmt ist der künftige Bedarf einer erst noch zu errichtenden Fabrik); ob ein gewisser Bedarf auch für den Fall späterer Änderung der Verhältnisse, z. B. der Fabrikationsmethode, zugesichert werden wollte, ist Tatfrage. Genügend ist die Verabredung im Eisenhandel, eine bestimmte Quantität Eisen zu einem festgestellten Grundpreise in vom Besteller nach einer Skala zu bestimmenden Dimensionen zu liefern, sog. Spezifikationskauf (ROHG. 14, 41; 16, 204). Ausführliches über die beim Spezifikationskauf geltenden Grundsätze zu § 375. Auch Bezeichnungen, die das Zeichen der Unbestimmtheit an der Stirn tragen, können als bestimmte Bezeichnungen genügen, wenn der Handelsgebrauch objektive Anhaltspunkte zur Herstellung der Bestimmtheit an die Hand gibt. So genügt zwar nicht die Bezeichnung: mehrere hundert Dutzend (ROHG. 11, 1) oder „ein Waggon Zigarren", wohl aber die Bezeichnung „ungefähr", „zirka" (ROHG. 1, 57; 9, 129; ROHG. 8, 209; 15, 334; Bolze 20 Nr. 498); ein Pöstchen Zucker (ROHG. 13, 94); eine Probekollektion (letzteren Ausdruck hat das LG. Berlin in bestätigtem Urt. v. 8. 10. 91 dahin ausgelegt, daß darunter eine bestimmte Menge Ware zu verstehen ist, bestehend aus einem Stück von jeder Sorte, welche in der Fabrik des Lieferanten hergestellt wird). Die Vertragsbestimmung, der Verkäufer habe 20—25 Waggons Kohlen pro Monat zu liefern, ist insofern unbestimmt, als nicht ersichtlich ist, welcher der beiden Kontrahenten über 20 hinaus die Wahl haben soll. Es kann dies bedeuten, daß die beider-

Digitized by Google

Exkurs vor § 373. seitigen Verpflichtungen sich auf 20 Waggons beschränken. Näher liegt jedoch die Auslegung, daß der Käufer jedenfalls 20 Waggons abnehmen muß, zugleich aber das Recht haben soll, darüber hinaus die Lieferung weiterer 5 Waggons zu verlangen. Bei Verkauf einer ganzen Jahresproduktion, die zugleich als zirka 100 Tonnen angegeben ist, wird nicht die Verpflichtung übernommen, wenigstens annähernd 100 Tonnen zu liefern, wenn der ordnungsmäßige Geschäftsbetrieb eine geringere Menge ergibt. Das „zirka" ist dann regelmäßig nur eine unverbindliche Schätzung.

Anm. 36. f) Dagegen liegt mangels der Bestimmtheit der Preisabrede kein gültiger Vertrag vor, wenn ein Fabrikbesitzer sich verpflichtet, seine Fabrikate an keinen anderen, als den Vertragsgegner zu liefern, und der letztere sich verpflichtet, solche Fabrikate von keinem anderen zu beziehen (Bolze 1 Nr. 897). Anders, wenn der Verkäufer sich verpflichtet, ein Mehrquantum auf Anfordern zu liefern, der Käufer zugesagt hat, keine Waren dieser Art von anderer Seite zu beziehen, und wenn der Preis bestimmt ist (RG. 3, 64).

Anm. 37. IV. **Einzelne Arten des Kaufs.**

1. **Der sogenannte Bar- oder Handkauf** ist keine besondere Art des Kaufs. Er soll ein Realvertrag sein. Er soll sich, ohne daß obligatorische Verpflichtungen eingegangen werden, im unmittelbaren Austausch der Ware gegen Geld vollziehen. Die Folge soll sein, daß nicht der Käufer die Zahlung des Kaufpreises, sondern der Verkäufer die Nichtzahlung zu beweisen hat (Dernburg II 2 § 167 III). Beispiele hierfür sind die Entnahme von Sachen aus einem Automaten, der Kauf von Postwertzeichen und Fahrkarten, der Kauf in modernen großen Warenhäusern. Allein wir können nicht anerkennen, daß hier etwas anderes vorliegt, als ein ganz gewöhnlicher Kaufvertrag. Es wickelt sich in solchen Fällen nur die Schließung und Erfüllung des Kaufvertrages so schnell ab, daß sie zeitlich zusammenfließen. Aber ihre begriffliche Unterscheidung ist gleichwohl geboten und möglich. Indem der Reisende an den Schalter tritt und ein Billet verlangt, macht er einen Kaufantrag, der Schalterbeamte, der ihm das Billet übergibt, nimmt den Antrag an und erfüllt das Geschäft zugleich; er nimmt ihn durch die Erfüllungshandlung an. Daß die Beweislast sich beim Barkauf verschiebt, hat andere Gründe. Dies beruht auf dem Erfahrungssatze, daß in solchen Fällen regelmäßig sofort bar gezahlt wird (vgl. Düringer-Hachenburg III 2).

Anm. 38. 2. **Kreditkauf** bedeutet einen Kauf, bei dem der Kaufpreis gestundet ist. Er hat nichts Besonderes; es wäre denn, daß der gestundete Kaufpreis durch Wechsel zu begleichen ist. **Kann die Stundung einseitig rückgängig gemacht werden?** Nach früherem Recht hat man diese Frage für den Fall bejaht, wenn vor der Erfüllung Unsicherheit des Kunden eintritt oder bekannt wird (ROHG. 23, 137; RG. in Gruch. 28, 890; Bolze 12, 381; JW. 99, 307[18], 312[20]). Nach neuem Recht ist zu unterscheiden:

Anm. 39. a) **Zunächst kommt es auf den Vertragswillen an,** der nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und die Anschauungen des Handelsverkehrs (§§ 157, 242 HGB., § 346) zu ermitteln ist. Diese Auslegung, bei der auch die Handelsgebräuche des betreffenden Geschäftszweigs in Betracht kommen, kann zur Annahme eines stillschweigenden Vertrags des Inhalts führen, daß dem einen Teil, so lange der Vertrag noch nicht ausgeführt ist, wegen veränderter Umstände der (einseitige) Rücktritt zustehen soll, wenn die Vermögensverhältnisse des andern Teils nach Abschluß des Vertrags sich wesentlich verschlechtern, oder wenn die Verschlechterung nach Vertragsschluß erst bekannt wird. Alsdann steht der Vertrag — einerlei, ob es sich um eine Vorleistungspflicht eines Teils oder um Leistung Zug um Zug handelt — unter der stillschweigenden Bedingung fortdauernder Kreditwürdigkeit (ROHG. 23, 139; JW. 99, 307[18]; 05, 168[5]; vgl. RG. 50, 258; 60, 56; Unsicherheit des ausländischen Versicherers). Selbstverständlich ist in jedem Falle eine genaue Feststellung der Umstände erforderlich, die einen solchen beiderseitigen Willen als vorhanden annehmen lassen (JW. 02 Beil. 230[23]). Insbesondere gilt dies beim Krediteröffnungsvertrag selbst für den Fall, wenn dem Kreditnehmer unter gewöhnlichen Umständen ein Anspruch auf Akzeptleistung des Kreditgebers zusteht (OLG. Hamburg BankA. 6, 14; s. RG. in BankA. 6, 47; vgl. § 349 Anm. 58).

Digitized by Google

Unter besonderen Umständen können sogar berechtigte Zweifel an der Kreditwürdigkeit genügen (oben Anm. 21). Das ist z. B. der Fall, wenn beim Abschluß des Geschäfts dessen Bestehen seitens des Verkäufers von dem Ausfall nach einzuholender Erkundigung über den Käufer abhängig gemacht ist (KG. in KGBl. 01, 29; RG. in OLGR. 4, 9 Anm. 1). Diese Abhängigkeit ist schon dann anzunehmen, wenn der Kunde Referenzen aufgibt (KG. in KGBl. 01, 29). Dieses Recht wird hinfällig, wenn ein Teil infolge des Verzugs der Gegenseite in Anwendung des § 326 BGB. den Anspruch auf Erfüllung verloren hat; das ist der Fall mit Ablauf der Nachfrist (JW. 01, 462[12] nimmt erst den Zeitpunkt der Wahlrechtsausübung als entscheidend an). Hinsichtlich des Rücktritts wegen veränderter Umstände s. Erk. zu § 374 Anm. 3. Exkurs vor § 373.

b) **In allen andern Fällen, in denen der Vertrag eine Vorleistungspflicht eines Teils feststellt und dieser Pflicht noch nicht genügt ist,** greift § 321 BGB. Platz. Er lautet: Anm. 40.

„Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des anderen Theiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird."

α) Es besteht kein Rechtssatz, daß die gefahrdrohende Verschlechterung der Vermögensverhältnisse eines Teils dem Vertragsgegner ein Rücktrittsrecht gewähre (JW. 02, Beil. 230[93]). Nur § 610 BGB. stellt eine Sondervorschrift dieses Inhalts zugunsten des Darlehnsversprechers auf. Unser Paragraph aber bezieht sich nur auf den Fall der Vorleistungspflicht des einen Teils und schreibt weiter vor, daß eine wesentliche Verschlechterung des Vermögens des Vertragsgegners nach Abschluß des Vertrags eingetreten sein muß; er ist als Ausnahmevorschrift strenge auszulegen. Diese Vorschrift berechtigt den Lieferanten nicht, auf sofortige Zahlung zu klagen, sondern nur dazu, die eigene Leistung zu verweigern (RG. 50, 258; 53, 63). Auch ein Rücktrittsrecht steht dem Lieferanten nicht zu (RG. 50, 258) noch ein Recht auf Abnahme der Ware Zug um Zug gegen Sicherstellung (RG. 53, 62); noch kann der Vorleistungspflichtige den Gegner ohne Vorleistung in Verzug setzen (JW. 04, 201[11]; OLG. Hamburg in SeuffA. 59, 93). Anm. 41.

Der § 321 schützt nur davor, daß auf die Klage des die Vorleistung begehrenden Vertragsteils (oder dessen Zessionars, wenn der Zedent der zur Gegenleistung Verpflichtete geblieben ist; RG. 51, 170) die Gegenseite anders, als Zug um Zug oder gegen Sicherstellung seitens des Klagenden verurteilt werden kann (§ 322 Abs. 1 BGB.; JW. 03 Beil. 6[15]); denn § 321 verleiht lediglich eine Einrede, die nur den Verzug und dessen Folgen verhütet (JW. 04, 201[11]; anders Düringer-Hachenburg III 84 u. Dietrich in DJZ. 04, 1078). Klagt der in schlechte Verhältnisse geratene Käufer nicht, so entsteht ein Schwebezustand. Diesem Zustand kann der Verkäufer jedenfalls dadurch ein Ende bereiten, daß er die Ware vertragsgemäß anbietet und im Falle des Annahmeverzugs zum Selbsthilfeverkauf nach § 373 schreitet. Verweigert der Käufer ernstlich, also ein für allemal, die Zahlung, so gerät er in Schuldnerverzug und kann der Verkäufer ohne Setzung einer Nachfrist von § 326 BGB. Gebrauch machen. Man wird dem Verkäufer aber auch nicht versagen können, den Käufer unter Setzung angemessener Frist zur Erklärung aufzufordern, ob er dem § 321 BGB. genügen will. Ein solches Vorgehen entspricht durchaus den Grundsätzen des BGB. über die Schaffung klarer Verhältnisse (vgl. §§ 264, 466 BGB.), auch den Grundsätzen von Treu und Glauben, nach denen das dem Verkäufer gegebene Recht nicht zu einem in die Willkür des Käufers gestellten Schwebezustand führen darf. Nach vergeblichem Fristablauf ist alsdann der Weg zum § 326 BGB. eröffnet. So dürfte die Lösung zu geben sein, nach der Staub in DJZ. 03, 388 frägt. Der andere Vertragsteil, dessen Verhältnisse sich verschlechtert haben, kann den Schwebezustand nur durch Bewirkung der schuldigen Leistung oder Sicherstellung beendigen.

β) Zur Zeit der Fälligkeit der Vorleistung muß die Verschlechterung der Verhältnisse noch vorhanden sein (RG. 54, 358). Die Beweislast trifft den, der Rechte daraus herleitet. Strenge genommen müßte der Vorleistungspflichtige die Vermögenslage Anm. 42

Digitized by Google

Exkurs vor § 373.

des Gegners im Augenblick des Vertragsschlusses darlegen und beweisen, weil sich erst nach diesem Stand eine wesentliche Verschlechterung ermessen läßt. Diesen meist unmöglichen Beweis wollte das Gesetz nicht auferlegen. Es muß daher am Beweis der Gefährdung der Gegenleistung, also der Kaufpreisforderung, durch schlechte Verhältnisse des Schuldners genügen. Dem Schuldner bleibt der Gegenbeweis überlassen, daß seine Verhältnisse zur Zeit des Abschlusses bereits ebenso schlechte waren. Der Beweis, daß seine Lage zur Zeit des Abschlusses bereits eine mißliche war, würde ihn nichts nützen. Denn § 321 verlangt nicht, daß der Schuldner beim Abschluß in guten Verhältnissen gewesen ist, sondern nur eine wesentliche Verschlechterung nach Abschluß, d. h. eine solche Verschlechterung, daß anzunehmen ist, es würde bei Vorhandensein dieser Lage beim Abschluß der Kredit von dem Vorleistungspflichtigen nicht gewährt worden sein. Hieran fehlt es bei Bestellung eines ausreichenden Pfandes (RG. 53, 244). Erst im Zeitpunkt der Fälligkeit der Vorleistung braucht der Schuldner zu erklären, ob er von der Vorleistungspflicht absehen oder Sicherheit leisten will. Eine frühere Weigerung hat nach § 321 BGB. nur Bedeutung, wenn sie als auch im Zeitpunkt der Fälligkeit der Vorleistung aufrecht erhalten anzusehen ist (RG. 54, 356). Eine solche Weigerung kann aber den Vertragszweck erheblich gefährden und dann als positive Vertragsverletzung zur Anwendung des § 326 BGB. führen, z. B. dann, wenn der Vorleistungspflichtige, wie regelmäßig bei Sukzessivlieferungsgeschäften, auf sicheres Eingehen der Gegenleistung rechnen muß.

Die Konkurseröffnung bahnt nicht den Weg zu § 321 BGB., so daß nun sämtliche Vorleistungspflichtige die Erfüllung ungeachtet der Eintrittserklärung des Konkursverwalters (§ 17 KO.) bis zur Bewirkung der Gegenleistung oder der Sicherheitsleistung ablehnen könnten. Nur dann findet § 321 BGB. Anwendung, wenn die Ansprüche auf Befriedigung aus der Masse gefährdet sind (vgl. RG. 17, 83; 56, 240). Das Reichsgericht (Recht 05, 77) hat das Gegenteil angenommen, weil dem Gemeinschuldner wegen Entziehung der Verfügungsfähigkeit, gerade wenn er schon vor Konkurseröffnung zahlungsunfähig gewesen ist, die Möglichkeit, seine Verhältnisse zu verbessern, entzogen ist. Allein mit der Konkurseröffnung kommt es nicht mehr auf die Person des Gemeinschuldners, sondern auf den Zustand der zur Erfüllung verpflichteten Masse an. Das ist ein Grundsatz des Konkursrechts.

Anm. 43. γ) Das Weigerungsrecht aus § 321 BGB. fällt mit Besserung der Verhältnisse des Schuldners weg. Hat der Vorleistungspflichtige aber von seinem Weigerungsrecht einmal Gebrauch gemacht, so besteht für ihn keine Erkundigungspflicht. Der Gegner muß ihm in glaubhafter Weise die Wiederherstellung günstiger Verhältnisse dartun oder nachweisen, daß der Gegner diese Kenntnis schon besitzt (RG. in LZ. 07, 50[9]).

Anm. 44. c) Ist die wesentliche Verschlechterung **vor Vertragsschluß bereits eingetreten gewesen, aber erst nachher bekannt** geworden, so versagt § 321 BGB. In diesem Falle findet die Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 Abs. 2 BGB. statt. Nach § 119 Abs. 2 BGB. kann ein Rechtsgeschäft wegen Irrtums angefochten werden, wenn ein Irrtum über solche Eigenschaften einer Person vorliegt, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, und der Erklärende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Die Kreditwürdigkeit des Käufers ist aber eine solche Eigenschaft, die beim Kreditgeschäft als wesentlich angesehen wird (RG. 12, 102; 21, 312; JW. 97, 354; 01, 462[12]; 04, 590[11]; OLG. Breslau OLGR. 3, 39 u. 4, 9; so auch Türk in Gruch. 43, 549; Regelsberger in IheringsJ. 40, 478; Rehbein zu § 119; a. M. Lenel in IheringsJ. 44, 22 u. OLG. Hamburg OLGR. 4, 12). Aber auch bei Geschäften, die sich nicht als Kreditgeschäfte darstellen, ist die Zahlungsfähigkeit des Käufers eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person, wenn anzunehmen ist, daß ein verständiger Verkäufer ohne Irrtum in diesem Punkt den Vertrag nicht geschlossen haben würde (JW. 99, 312[20]; 05, 425[1]; Bolze 5 Nr. 390; RG. in GoltdA. 51, 397).

Anm. 45. α) Die Anfechtung muß rechtzeitig, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich; § 121 BGB.) nach der Entdeckung des Irrtums (RG. 57, 362) selbst dann erfolgen, wenn

Digitized by Google

die Anfechtung mittels Einrede geltend gemacht werden will. Die Erklärung muß auch dem Gegner rechtzeitig zugehen (§ 130 BGB.). Das Erfordernis der Unverzüglichkeit erheischt ein schleuniges Handeln (RG. 49, 395; JW. 05, 282[2]). Die Anfechtung ist immer noch eine unverzügliche, wenn sie zwar verzögert wurde, die Verzögerung jedoch selbst bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidlich war; denn es fehlt dann an einem Verschulden (JW. 01, 122). Das „Unverzüglich" des § 119 BGB. bezieht sich auf die Zeit, die zur Überlegung notwendig ist, ob die Aufhebung des Vertrags verlangt und das negative Vertragsinteresse übernommen werden will (§ 122 BGB; JW. 06, 707[2]). Bei einem Artikel, der starken Preisschwankungen unterliegt, wird die Unverzüglichkeit strenger zu nehmen sein. Milder wird die Auffassung sein, wenn z. B. der Konkursverwalter den Ausschuß, der Vorstand einer Aktiengesellschaft den Aufsichtsrat hören muß. Mit anderen Worten: auch die objektiven Verhältnisse der Anfechtenden, z. B. die Notwendigkeit der Beratung mit einem Anwalt (JW. 03 Beil. 119[264]) und die Verkehrssitte sprechen mit (RG. im Recht 03, 179[919]). Die Frage nach der Unverzüglichkeit ist Rechtsfrage (JW. 05, 282). Rechtsirrig wäre eine Vergleichung mit dem „Unverzüglich" anderer Gesetzesstellen z. B. des § 377 (JW. 06, 707[2]). Exkurs vor § 373.

β) Die Anfechtungserklärung kann noch wirksam im Prozeß durch den Anwalt erfolgen; sie wird wirksam mit Zustellung des betreffenden Schriftsatzes (vgl. RG. 53, 148). Die Erklärung (§ 143 BGB.) muß deutlich erkennen lassen, daß die Nichtigkeit des Vertrags wegen Irrtums gewollt ist, der Anfechtende also nicht beim Vertrag stehen bleiben und nicht etwa den Rücktritt aussprechen will (RG. 49, 423; vgl. RG. 60, 29; JW. 03 Beil. 107[238]: Täuschung). Jedoch kann in einer Rücktrittserklärung ebenso wie in einem Widerruf (JW. 04, 590[11]) eine Anfechtung gefunden werden. Jedenfalls liegt sie in der Geltendmachung der Einrede des Irrtums oder der arglistigen Täuschung (RG. 48, 218; 57, 358). Es kommt eben auf die Umstände an und wie danach die Erklärung zu verstehen war (a. M. Düringer-Hachenburg II 58). Die Anfechtungserklärung erträgt im allgemeinen keine Bedingung. Sie kann daher nicht aufschiebend bedingt dahin lauten: ich kann die Kaufsache um einen so hohen Preis nicht behalten; ich werde Sie verklagen (s. JW. 06, 10[5]). Wohl aber liegt eine gehörige Anfechtung in der auflösend bedingten Erklärung: ich fechte an; bin jedoch bereit, die Ware zu dem und dem Preis zu behalten, d. h. einen neuen Kauf abzuschließen. Anm. 46.

γ) Mit der Anfechtung fällt das ganze Geschäft, nicht nur die Krediteinräumung, da der Käufer geltend machen kann, daß er ohne Kredit das Geschäft überhaupt nicht abgeschlossen hätte (§ 139 BGB.). Das gilt aber auch für den Verkäufer (JW. 03 Beil. 6[15]). Der Verkäufer hat daher keinen Anspruch auf Änderung des Vertrags dahin, daß nun Barzahlung zu erfolgen habe. Im Gegenteil; besteht der Verkäufer trotz der ihm bekannt gewordenen Zahlungsunfähigkeit des Käufers auf Erfüllung, so verzichtet er auf Geltendmachung des Irrtums. Vor dieser Schlußfolgerung bewahrt ihn nicht der Zusatz, er behalte sich weitere Schritte vor (§ 144 BGB.; vgl. auch JW. 05, 75[9]). Weil das ganze Geschäft nichtig ist, kann es (anders als oben Anm. 39) nichts ausmachen, wenn der zahlungsunfähige Käufer von § 326 BGB. Gebrauch gemacht hat. Sind mehrere Anfechtungsgegner vorhanden, und ist die Anfechtung nur einem gegenüber erklärt, oder besteht das Geschäft aus mehreren Teilen, von denen nur ein Teil durch den Irrtum betroffen wird, so kommt es darauf an, ob das ganze Geschäft ohne diesen Teil oder nicht mit allen Vertragsgegnern abgeschlossen worden wäre (§ 139 BGB.; RG. 59, 175; RG. in Holdheim 05, 235; vgl. § 350 Anm. 20 u. 73). Auf die Teilbarkeit der Leistung kommt es nicht an (JW. 05, 684[5]). Im Zweifel ist davon auszugehen, daß jedes Geschäft ein einheitliches Ganzes bilden soll Anm. 47

Der Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises oder der Kaufsache ist ein Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB. (RG. 49, 424; 54, 141; JW. 03 Beil. 119[264]).

δ) Allerdings muß die Kreditunwürdigkeit wirklich vorhanden sein. Verläßt sich der Anfechtende auf die Auskunftserteilung, so tut er es auf seine Gefahr. Er mag sich an seinen Gewährsmann halten (vgl. JW. 01, 462[13]). Als Erfahrungstatsache darf dabei angenommen werden Anm. 48

Digitized by Google

Exkurs vor § 373. (§ 286 CPO.), daß im Geschäftsleben von dem, der einen neuen Kunden zugeführt hat, Auskunft über dessen Kreditwürdigkeit verlangt und erteilt worden ist.

Anm. 49. d) Hatte der Verkäufer bereits geliefert, so verhält sich die Sache nicht anders. Die Anfechtung der Kreditzusage ergreift das ganze Geschäft. Der Gläubiger hat einen Bereicherungsanspruch, der nach § 812 BGB. zur Herausgabe des Geleisteten oder zum Wertersatz unter Berechnung aller Vorteile und Nachteile führt (RG. 54, 141; OLG. Colmar OLGR. 4, 31; Türk in Gruch. 43, 567). Unter Umständen kann in dem Verschweigen der Zahlungseinstellung und der dadurch erlangten Auslieferung der Ware eine arglistige Täuschung gefunden werden, die sich als unerlaubte Handlung und als Verstoß gegen die guten Sitten darstellt (§§ 823, 826 BGB.; vgl. RG. 28, 381).

Anm. 50. e) Ein vierter Fall ist der, daß erst nach der Lieferung eine Stundung des Kaufpreises erfolgte. Hier ist die Kreditzusage ein selbständiges Geschäft und kann selbständig angefochten werden. Die erfolgreiche Anfechtung bewirkt, daß der Verkäufer nunmehr Barzahlung verlangen kann.

Anm. 51. 3. a) **Der Sicherungskauf** (Sicherheitskauf) ist ein wirklicher Kauf mit Rückkaufsrecht oder Rückkaufspflicht (§§ 497 ff. BGB.). Sein Wesen besteht darin, daß der Schuldner seinem Gläubiger (regelmäßig dem Geldgeber) in Anrechnung auf dessen Forderung bewegliche Sachen unter der gleichzeitigen Vereinbarung zu einem bestimmten Preis verkauft, daß der Käufer unter gewissen Voraussetzungen dieselben Sachen zurückkaufen darf oder zurückkaufen muß (RG. 13, 298; 26, 180). Wirtschaftlich dient der Sicherungskauf demselben Sicherungszweck wie die Sicherungsübereignung, so daß es oft auf die tatsächliche Würdigung ankommt, ob das eine oder das andere gewollt ist; z. B.: soll die Forderung des Gläubigers bestehen bleiben, also nicht durch Aufrechnung getilgt werden, so ist das Geschäft eine Sicherungsübereignung, wenn die übrigen Voraussetzungen einer solchen vorhanden sind (RG. 57, 178; Näheres § 368 Anm. 94 ff.). Wesentlich gehört zu einem gültigen Sicherungskauf der auf Eigentumsübertragung und Rückübertragung mittels Kaufs gerichtete ernstliche Vertragswille (hierüber gilt der Sicherungsübereignung Entsprechendes, § 368 Anm. 96 u. 102). War der Vertragswille nicht auf Eigentumsübertragung, sondern auf Verpfändung gerichtet, so kommen die Regeln der Pfandbestellung zur Anwendung (RG. 62, 126; JW. 02 Beil. 259[176]; 04, 355[4]; s. § 368 Anm. 96). War aber ein wirklicher Sicherungskauf gewollt, so kann der verkaufte Gegenstand im Gewahrsam des Verkäufers bleiben. Die zum Eigentumsübergang erforderliche Übergabe erfolgt alsdann wirksam durch Abschluß eines Mietvertrags oder durch Herstellung eines der in § 868 BGB. bezeichneten Verhältnisse, d. h. der Verkäufer bleibt unmittelbarer Besitzer, der Käufer wird mittelbarer Besitzer (RG. 49, 170; JW. 04, 197[6]; vgl. § 368 Anm. 97). Denn, anders als beim Pfandvertrag, ist hier Besitzerlangung durch constit. poss. zulässig (RG. 30, 275; 35, 252; 43, 394; vgl. § 368 Anm. 96 u. 97). Der Käufer wird wirklicher Eigentümer mit allen Rechten eines solchen (s. § 368 Anm. 98). Verkauft er die Sache weiter, so hat der Rückkaufsberechtigte gegen den Dritten, sollte dieser auch das obligatorische Recht des Rückkaufsberechtigten gekannt haben, weder einen Anspruch auf Herausgabe, noch auf Schadensersatz (Mot. II 340). Allerdings könnte § 826 BGB. zur Anwendung kommen, wenn ein kollusionsweises Zusammenwirken zum Zweck der Vereitelung des Anspruchs des Rückkaufsberechtigten stattgefunden haben sollte (vgl. Exk. zu § 346 Anm. 13; Dernburg II 2 § 198 II). Der Käufer hat die Verpflichtung (die auch zeitlich begrenzt sein kann; § 503 BGB.), die gekauften Sachen nach Zahlung des Rückkaufpreises seinem Verkäufer zurückzuübertragen, wenn nicht in Form einer auflösenden Bedingung vereinbart ist, daß das Eigentum ohne weiteres auf den Rückkaufsberechtigten übergehen soll (s. JW. 04, 6[3] u. § 368 Anm. 98 u. 103). Das Rückkaufsrecht ist vererblich und veräußerlich (RG. 10, 221). Zur Ausübung des Rückkaufsrechts genügt die rechtzeitige Erklärung, von diesem Recht Gebrauch machen zu wollen, wenn die Zahlung des Rückkaufpreises auch nachfolgt (vgl. § 495 BGB.; RG. 5, 55; 37, 283).

Anm. 52. b) Als Beispiel für die Natur des Sicherungskaufs mag eine gewöhnliche Form des Bierlieferungsvertrags dienen. Die Brauerei gewährt ein Darlehn, kauft um den gleichen Betrag

Digitized by Google

die Einrichtung des Wirts (deren Wert auch höher als der Preis sein kann; RG. 62, 129), und beläßt sie ihm mietweise. Der Wirt verpflichtet sich zum Bierbezug auf bestimmte Zeit (Exk. zu § 346 Anm. 10) und außerdem zum Rückkauf der Einrichtung, an der sich die Brauerei das Eigentum vorbehält, in der Weise, daß der Rückkaufspreis durch einen Bieraufschlagspreis zu tilgen ist. Die Darlehnsforderung ist durch Aufrechnung mit dem Kaufpreis erloschen (vgl. RG. 57, 178). An Stelle der Darlehnsforderung tritt die gleich hohe Forderung auf den Rückkaufpreis, die mitunter durch Akzepte sichergestellt ist (vgl. JW. 04, 355[4]). Die Verpflichtung zum Rückkauf ist in Wahrheit der Abschluß des Rückkaufvertrags selbst. Denn die Abzahlung des Rückkaufpreises soll ja sofort beginnen. Die Brauerei ist Eigentümerin; der Wirt ist mittelbarer Besitzer. Es könnte befremden, daß der Wirt, der die Einrichtung ja bereits zurückgekauft hat, Miete entrichten soll. Allein die Miete ist in Wahrheit nur die Entschädigung dafür, daß die Brauerei den Rückkaufpreis stundet und die Überlassung der Einrichtung an den Wirt die der Brauerei gewährte Sicherheit mindert. Der Mietpreis ist regelmäßig etwas höher als der gesetzliche Zinsfuß, weil die Brauerei auf ihren Bankkredit angewiesen ist und ihrer Bank Zinsen zu entrichten hat. Sie setzt daher den Bankdiskont als die ihr gebührende Entschädigung in den Vertrag ein. Exkurs vor § 373.

c) Der **Konkurs** bietet keine Besonderheiten (vgl. v. Seuff. in LZ. 07, 24). Der Rückkaufsberechtigte hat im Konkurs des Rückverkaufsverpflichteten kein Aussonderungsrecht, sondern, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung ablehnt, nur eine Konkursforderung auf Schadensersatz (Dernburg II 2 § 198 II). Dasselbe gilt im umgekehrten Fall, wenn der Konkursverwalter des Rückkaufsberechtigten den Rückkauf nach § 17 KO. ablehnt (JW. 00, 344[13]). Diese Sachlage ändert sich jedoch im Falle des Eigentumsvorbehalts (hierüber Exk. zu § 382). Anm. 53.

d) Hinsichtlich des gewerbsmäßigen Rückkaufhandels können landesgesetzliche Vorschriften eingreifen (Art. 94 EG. z. BGB.; § 34 Abs. 2 GewO.). Anm. 54.

4. **Kein Kaufgeschäft,** sondern eine Veranstaltung öffentlicher Ausspielung nach § 286 StGB. ist der Vertrieb von Waren nach dem Schneeballen- und Hydrasystem (RGSt. 34, 140 u. 403), nach dem Rabattsystem „Multiplex" (RGSt. 34, 390) und nach dem Gellasystem (RGSt. 34, 321; RG. 60, 379). Anm. 55.

V. **Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage:** Anm. 56.

1. **Der Verkäufer hat die Verpflichtung, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen** (§ 433 Abs. 1 BGB.).

a) Er hat die Sache dem Käufer zu übergeben und zwar mit Zubehör (§ 314 BGB.). Zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist erforderlich, daß er dem Käufer den unmittelbaren Besitz, die tatsächliche Gewalt über die Sache nach §§ 854, 929 BGB., wenn auch nur so verschafft, daß der Käufer mit Willen des Verkäufers den Aufbewahrungsort der Kaufsache für jeden andern unzugänglich macht (JW. 04, 114[12]; vgl. § 366 Anm. 12 ff.). Auf eine Ersatzübergabe, z. B. auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs oder auf ein constitutum possessorium braucht sich der Käufer nicht einzulassen. Allerdings ersetzen nach §§ 930, 931 BGB. diese beiden Übertragungsarten die körperliche Übergabe (vgl. RG. 56, 52; § 366 Anm. 2). Damit ist jedoch nur gesagt, daß die Parteien das Eigentum in dieser Weise übertragen können, nicht aber, daß der Erwerber sich damit begnügen muß (RG. 43, 186). Befindet sich die verkaufte Sache im Besitz eines Dritten, so kann der Käufer selbstverständlich die Abtretung des Herausgabeanspruchs verlangen (Goldmann-Lilienthal I § 130 Fußnote 1). Hat sich der Käufer aber damit zufrieden gegeben, so kann er sich nicht an seinen Verkäufer halten, wenn der Dritte (§ 868 BGB.) nachher die Sache veräußert. Der Verkäufer muß den Käufer auch instand setzen, die verkaufte Sache gefahrlos hinwegzunehmen. Diese Pflicht ergibt sich aus §§ 276, 278, 242 BGB.

Sehr üblich ist die Übergabe durch Dispositionspapier (Konnossement, Ladeschein, Lagerschein). Diese Papiere übertragen allerdings den Besitz (RG. 52, 354; § 363 Anm. 35). Aber der Käufer braucht sich mit dieser Art der Besitzübergabe nicht zu begnügen, doch wird sie häufig vereinbart. (Sie zahlen gegen Konnossement usw.) In diesen Fällen hat der Ver- Anm. 57.

Digitized by Google

Exkurs vor § 373. käufer die Verpflichtung, dem Käufer das Konnossement zu übergeben, um ihn auf diese Weise zum Besitzer (und wenn möglich zum Eigentümer) der Waren zu machen (Exk. zu § 372 Anm. 46b).

Anm. 58. Über Zeit und Ort der Übergabe gelten die allgemeinen Grundsätze über den Erfüllungsort. Vgl. den Exk. zu § 372, wo auch viele den Kauf betreffende Besonderheiten erörtert sind, insbesondere auch hervorgehoben ist, daß der Verkäufer in vielen Fällen, besonders bei allen Distanzkäufen, die Verpflichtung hat, die Ware dem Käufer zu übersenden, seiner Übergabepflicht also in der Weise genügen muß, daß er die Ware auf die Reise bringt.

Anm. 59. b) Der Verkäufer hat dem Käufer das Eigentum zu verschaffen. Er ist also verpflichtet, alle Handlungen vorzunehmen, die im einzelnen Falle zur Eigentumsbeschaffung sich als notwendig herausstellen; insbesondere muß er alle die Erklärungen abgeben und Handlungen vornehmen, die nach dem Gesetze zur Eigentumsübertragung erforderlich sind. Beim Kauf gegen Dispositionspapier (oben Anm. 57) hat der Verkäufer dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung das Konnossement zu übertragen. Er hat auch dafür einzustehen, daß der Käufer das Eigentum erlangt. Daher ist der Kaufvertrag noch nicht erfüllt, wenn der Eigentumsübergang betagt oder bedingt ist, wie z. B. beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt (JW. 06, 759[21]; 760[22]) und findet daher § 17 KO. Anwendung, wenn der Kaufpreis nicht ganz bezahlt und beim Eigentumsvorbehalt die Sache nicht zum wesentlichen Bestandteil nach §§ 93, 94, 946 BGB. geworden ist (Näheres hierüber Exk. zu § 382). Der Verkäufer muß dafür einstehen, daß der Käufer das Eigentum erlangt, und zwar — mit Ausnahme des Verkaufs im Wege der Zwangsvollstreckung § 806 CPO.; § 56 ZVG. — frei von jedem Recht (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Pfandrecht), mit dem die Kaufsache belastet ist, und das von Dritten gegen den Käufer ungeachtet des Kaufs geltend gemacht werden kann (§§ 434, 439 Abs. 2 BGB.). Ob diese Rechte Rechte Dritter, des Verkäufers oder des Käufers sind, macht keinen Unterschied — mag auch der Käufer die Belastung gekannt haben (RG. 57, 4; 59, 400; a. M. Eccius, Gruch. 48, 470; 49, 465). Selbst wenn der Verkäufer nicht Eigentümer war und auch nicht mit Zustimmung des Eigentümers verfügt hat, kann, nach den Regeln über den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen, doch Eigentum vom Käufer erworben werden (hierüber § 366). Auch die Rechte Dritter, mit denen die Kaufsache belastet war, erlöschen auf diese Weise (hierüber § 366 Anm. 32ff.).

Anm. 60. Der Verkäufer einer **fremden Sache** soll nach Dernburg (II 2 § 178I) unter allen Umständen zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet sein, während Goldmann-Lilienthal (I § 132 Bem. 7a) den § 439 BGB. anwenden; ebenso Cosack (BGB. I § 125II Ziff. 1—3) mit der Abweichung, daß der Käufer, der das Nichteigentum kannte, rechtlos sein soll, wenn der Verkäufer das Eigentum nicht verschaffen kann. Es ist jedoch hinsichtlich des Verhältnisses der Vertragschließenden untereinander beim Verkauf einer fremden Sache (z. B. wenn ein Miteigentümer die ganze Sache veräußert; § 747 BGB.) zu unterscheiden: sind sich beide Teile bewußt, daß über eine fremde Sache abgeschlossen werden sollte, so kann die Absicht die gewesen sein, daß der Verkäufer die Genehmigung des Eigentümers beibringen oder den Kaufgegenstand selbst erwerben soll (RG. 22, 284; 34, 344; JW. 97, 295[27]). Es kann alsdann auf Verschaffung des Eigentums geklagt werden. Erweist sich die Erfüllung als unmöglich, so greifen nach § 440 BGB. die §§ 323—325 BGB. Platz (RG. 22, 284; JW. 98, 580[31]), denn die Unmöglichkeit ist nach Abschluß des Vertrags eingetreten (vgl. JW. 05, 171[12]). Die Absicht kann aber auch die gewesen sein, es habe der Käufer die Entwehrungsgefahr zu übernehmen und den Kaufpreis unter allen Umständen zu zahlen. Vorausgesetzt wird hier, daß der Kaufvertrag kein unsittlicher (wie der zwischen Dieb und Hehler) und nicht ein gesetzlich unmöglicher ist (wie der Verkauf von Erbansprüchen auf Bestandteile eines Nachlasses; RG. 61, 76 vgl. RG. 59, 361).

Hielt der Verkäufer die fremde Sache irrtümlich für seine eigene, so haftet er dem Käufer trotzdem nach §§ 433, 440 BGB., wenn nicht etwa der Käufer diesen Irrtum zur Zeit des Vertragsschlusses kannte. In letzterem Fall steht den Ansprüchen des Käufers sowohl die exc. doli (§ 346 Anm. 19) als auch § 826 BGB. (vgl. Exk. zu § 346 Anm. 9)

Digitized by Google

entgegen, weil ein Irrtum des Gegners nicht arglistig ausgenutzt werden darf (s. JW. 01, 144[14]; SeuffA. 9, 278; 17, 29). War auch der Käufer guten Glaubens, so ist der Kauf nur dann als auf eine unmögliche Leistung gerichtet nichtig, wenn für den Verkäufer von Anfang an die objektive Unmöglichkeit (vgl. RG. 47, 300; JW. 03, 33[43]), dem Käufer im vereinbarten Zeitpunkt der Übergabe das Eigentum der bestimmten Sache zu verschaffen, gegeben war (§§ 306 ff. BGB.; JW. 03, 22[45]; 05, 171[12]; SeuffA. 58, 137; vgl. RG. 22, 284). Der Verkäufer hat übrigens regelmäßig keine Verpflichtung, dem Gegner Mitteilung über die Eigentumsverhältnisse der Ware zu machen, täuscht ihn daher nicht durch Verschweigen (s. JW. 03, 83[36]). Hatte der Käufer ein besonderes Interesse an Kenntnis der wahren Sachlage, und hatte der Verkäufer davon Kenntnis, so kann in Unterdrückung der Wahrheit ein Verstoß gegen die guten Sitten und selbst eine arglistige Täuschung liegen (vgl. JW. 03 Beil. 22[45]). Für Anfechtung wegen Irrtum (Burchardt DJZ. 98, 487; von Seeler DJZ. 99, 16) ist regelmäßig kein Raum; denn in wessen Eigentum eine Sache steht, ist keine Eigenschaft derselben. Ob der Verkäufer beabsichtigte, das Eigentum an eigener Sache zu übertragen, und nicht eine fremde Sache zu verschaffen, ist nach § 440 BGB. unerheblich. Der § 119 Abs. 1 BGB. trifft regelmäßig nicht zu (Planck § 119 Bem. 2a). Steht aber nach den besonderen Umständen fest, daß das Eigentum des Verkäufers für die Parteien wesentlich war, und daß der Kauf von dem einen oder anderen Teil bei Kenntnis der wahren Sachlage und verständiger Würdigung der Verhältnisse nicht abgeschlossen worden wäre, so ist die Anfechtung wegen Irrtums allerdings zuzulassen (JW. 05, 171[12]; Dernburg I § 145 I 2). Exkurs vor § 373.

Anders liegt der Fall, in dem nicht künftige Sachen, sondern zur Zeit des Kaufabschlusses als bestehend vorausgesetzte, in Wirklichkeit aber nicht vorhandene Sachen, z. B. Kuxe einer noch nicht bestehenden Gewerkschaft Gegenstand des Kaufs sind. Der Kauf ist nach § 306 BGB. nichtig, sollte die Sache auch später zur Entstehung gelangen (RGG. 18, 270; JW. 86, 282[51]).

In den hiernach sehr verminderten Fällen, in denen der Käufer das Eigentum nicht erlangt, hat ihm der Verkäufer wegen Mangels im Rechte Gewähr zu leisten. Dies geschieht nach den Regeln vom Erfüllungsverzug und der Unmöglichkeit der Erfüllung (§§ 439 ff. BGB.).

c) Dazu tritt noch die Auskunftspflicht über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufgegenstandes und die Verpflichtung des Verkäufers, die zum Beweise des Rechts dienenden Urkunden dem Käufer auszuliefern (§ 444 BGB.) und, wenn eine Urkunde noch andere Angelegenheiten betrifft, Einsicht in die Urschrift zu gestatten (§ 242 BGB.; Goldmann-Lilienthal I § 130 Ziff. 6). Die Pflicht zur Herausgabe der Dispositionspapiere gehört ebenfalls hierzu, da sie auch Beweisurkunden sind. Sie sind aber außerdem auch Dispositionsurkunden. Deshalb folgt die Pflicht zur Herausgabe schon aus anderen Gründen (oben Anm. 57 u. 58). Anm. 61.

2. **Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen.** Anm. 62.

a) Er hat den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. **Über Zeit und Ort der Erfüllung dieser Verpflichtung** und über die Übersendungspflicht siehe Exk. zu § 372.

b) Dazu tritt noch die Verpflichtung, den Kaufpreis von dem Zeitpunkte an zu verzinsen, von dem an ihm die Nutzungen gebühren (§ 452 BGB.; vgl. § 353 Anm. 12). Nur dann tritt diese Verpflichtung nicht ein, wenn ihm der Kaufpreis gestundet ist. In diesem Falle tritt die Zinspflicht mit dem Verzuge oder mit der Rechtshängigkeit ein (§§ 288, 291 BGB.). Die Höhe der Zinsen ist 4%, außer wenn ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt (§ 352 Anm. 10). Außerdem aber ist hier noch daran zu erinnern, daß Kaufleute in ihren beiderseitigen Handelsgeschäften Zinsen (und zwar 5%) schon vom Tage der Fälligkeit einander zu zahlen verpflichtet sind (§ 353), so daß, wenn der Kaufpreis fällig ist, ehe dem Käufer die Nutzung der Sache gebührt, z. B. beim Pränumerandokauf, von diesem Augenblicke an Zinsen zu zahlen sind. Anm. 63.

c) **Oft wird der Kaufpreis in Wechseln versprochen.** Das Geschäft verliert dadurch den Charakter als Kaufgeschäft nicht. Denn durch den Wechsel soll nur die Verpflichtung zur Anm. 64.

Digitized by Google

Exkurs vor § 373.

Zahlung des Kaufpreises in anderer, strengerer Form verbrieft werden. Wird der Wechsel zur Zeit, zu der der Käufer zur Hingabe des Wechsels verpflichtet ist, vom Käufer nicht gegeben, so muß er nun Barzahlung leisten und zwar an dem Tage, an dem der Wechsel zu geben war (Bolze 13 Nr. 272). In der Stundung des Kaufpreises gegen Wechsel liegt nämlich eine bedingte Stundung. Eine glatte Stundung sollte eben nicht bewilligt werden, sondern nur für den Fall, daß der Käufer in Höhe des Kaufpreises Wechsel gibt, damit der Verkäufer in diesen eine größere Sicherheit und ein Mittel habe, um durch Diskontierung des Wechsels sich die Valuta vor Ablauf des Ziels zu verschaffen. Durch Verweigerung der Wechselhingabe fällt die Bedingung der Stundung fort (RG. in Holdheim 05, 80; a. M. OLG. Breslau, Recht 04, 44[180]; Zander in Gruch. 49, 780). Auch aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes sind obige Sätze gerechtfertigt. Wer schadensersatzpflichtig ist, hat den früheren Zustand wiederherzustellen (§ 249 BGB.). Den Wechsel hätte der Verkäufer diskontieren und sich so Geld beschaffen können. Dieses Geld muß ihm Käufer nunmehr bezahlen. Also laufen auch Zinsen von dem Tage an, an dem der Wechsel zu geben gewesen wäre.

Wird der Wechsel zu spät geschickt, so erfordern Treu und Glauben (§ 242 BGB.), daß der Verkäufer den Käufer so schnell, als möglich, in Kenntnis setzt, ob die Annahme nun abgelehnt wird. Eine mäßige Überlegungszeit ist dem Verkäufer einzuräumen. Der Versuch einer Diskontierung bedeutet noch nicht die nachträgliche Annahme des Wechsels. Bei Nichtannahme des Akzepts des Käufers genügt regelmäßig Rücksendung mittels einfachen, nicht eingeschriebenen Briefes (RG. in SeuffA. 52 Nr. 95). Hat der Verkäufer den Wechsel angenommen, so kann er seine ursprüngliche Forderung nur geltend machen, wenn er entweder den Wechsel zurückgibt oder dem Käufer Befreiung von seiner Wechselverbindlichkeit verschafft (OLG. Colmar BankA. 6, 22). War die Zahlung in Kundenwechseln geleistet, so kann der Verkäufer auf den Kaufpreis erst klagen, wenn er beweist, daß die Wechsel gehörig vorgezeigt worden sind, oder daß deren Vorzeigung wegen Zahlungsunfähigkeit des Wechselschuldners unterlassen werden durfte (RG. in SeuffA. 54 Nr. 142). Verliert der Verkäufer einen solchen Kundenwechsel, so macht er sich nach § 255 BGB. haftbar (vgl. JW. 06, 109[7]). Dadurch, daß der Verkäufer dem Käufer vor Verfall seines Akzepts Stundung bewilligt, wird er der Notwendigkeit der Protesterhebung zwecks Wahrung der Regreßrechte gegen die Vormänner nicht enthoben (RG. 61, 182). Diese Stundung gibt dem Akzeptanten nur eine persönliche Einrede gegen seine Ausklagung und hemmt die Verjährung (§ 202 BGB.; Art. 8 Ziff. 2 EG. z. HGB.; RG. 63, 370). Ohne besondere Vereinbarung darf der Verkäufer nicht auf den Käufer trassieren (vgl. § 346 Anm. 14).

Anm. 65. d) **Das Wechselrembourgeschäft**, ein Lombardgeschäft, bezweckt Zahlung des Kaufpreises durch Bankwechsel. Der Verkäufer stundet den Kaufpreis gegen das Akzept einer regelmäßig von ihm bezeichneten Bank und übergibt dieser die Dokumente der schwimmenden oder doch abgeladenen Ware (Konnossemente, Police usw.). Die Bank ihrerseits läßt erst auf sich ziehen, nachdem ihr das die Ware vertretende Konnossement im Einverständnis mit dem Käufer als Faustpfand bestellt ist. Die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit der Bank trifft somit den Käufer, obgleich er nun den Kaufpreis an die Bank zahlt; es wäre denn, daß der Verkäufer die Bank als seine Vertreterin, an die der Käufer den Kaufpreis zahlen soll, bezeichnet hätte (RG. 31, 109). Alsdann wäre aber auch kein Wechselrembourgeschäft gegeben. Um den Kaufpreis an die Bank zahlen zu können, muß der Käufer oft die Ware weiterverkaufen; das kann er aber nur, wenn die Bank die Dokumente freigibt. Diesen Zweck erfüllt der Eintritt des Abnehmers des Käufers in das Rembourgeschäft. Genügt der Bank die Person dieses Abnehmers (des zweiten Käufers) und sein Akzept, so folgt die Bank diesem in Einvernehmen mit dem ersten Käufer die Dokumente aus und begibt sich damit ihres Pfandrechts. In der Eintrittserklärung des zweiten Käufers liegt die Übernahme der Samtverbindlichkeit und der weiteren Verpflichtung, seinen Kaufpreis nur an die Bank bis zu deren Befriedigung zu entrichten, sowie der Verzicht auf alle Einreden aus der Person des ersten Käufers, einschließlich der Einrede der Aufrechnung. Muß der Verkäufer (z. B. wenn die Bank in Konkurs gerät)

Digitized by Google

seine Tratten selbst einlösen, so kann der Verkäufer, indem er als Konkursgläubiger auftritt, die Abtretung der Rechte der Masse gegen den zweiten Käufer verlangen. Der Verkäufer kann aber auch von der Anmeldung im Konkurs absehen und den zweiten Käufer auf Grund seines Remburseintritts unmittelbar in Anspruch nehmen. Der zweite Käufer kann weder den Verkäufer auf den ersten Käufer verweisen, noch kann er seinen Rückgriff gegen die Masse nehmen; denn er zahlt nur den Preis der ihm zu Eigentum übergebenen Ware. So löst das Wechselrembourgeschäft die Schwierigkeiten, die sich aus der Ausstellung von Konnossementsanteilscheinen ergeben können (§ 363 Anm. 38). Exkurs vor § 373.

e) **Der Vinkulationskauf** (Riesenfeld, Gutachten usw. 99 und neue Folge 95) dient ähnlichen Zwecken wie das Wechselrembourgeschäft (oben Anm. 65). Eine Bank tritt als Geldgeberin der Art in das Kaufgeschäft ein, daß sie dem Verkäufer gegen Aushändigung der Verladungsdokumente einen Vorschuß gewährt, dagegen dem Käufer der Ware in ihrem eigenen Namen so anbieten soll, daß der Käufer nur an die Bank zahlen darf. Dieses Angebot, das unter Mitteilung von der ausschließlichen Verfügungsberechtigung der Bank von dieser brieflich (mittels Vinkulationsbriefs) unter Übersendung der Verladungsdokumente an den Käufer ausgeht, hat den Sinn, daß der Käufer, wenn er das Angebot nicht ablehnt, sondern die Ware annimmt, auch das Angebot der Bank angenommen hat und, unbeschadet etwaiger Ansprüche gegen den Verkäufer, nunmehr nur an die Bank zahlen darf (RG. 54, 213). Anm. 66.

3. Der Käufer hat endlich die Verpflichtung, die Ware abzunehmen. Diese früher streitige Verpflichtung (s. 5. Aufl. Art. 346 § 6) spricht § 433 BGB. ausdrücklich aus (Hohenstein, ABürgR. 25, 68 u. Gruch. 48, 711; Rosenberg, ACivPr. 43, 346). Anm. 67.

a) Die Abnahme besteht darin, daß der Käufer die Sache tatsächlich in seine Verfügungsgewalt übernimmt. Deshalb hätte sich der Gesetzgeber treffender des Ausdrucks „an sich nehmen" bedient; denn die kaufmännische Welt versteht unter Abnahme die Erfüllungshandlungen des Käufers überhaupt, also Abruf, Spezifikation, Annehmen und Abnehmen (RG. 56, 177; 57, 109; Förtsch DJZ. 05, 18). Abnahme im Sinne des § 433 Abs. 2 BGB. ist lediglich der rein körperliche Akt der Hinwegnahme und dadurch verschieden von der Annahme der vom Verkäufer angebotenen Ware, als einer vertragsmäßigen (RG. 53, 161; 56, 173; 57, 108, 402; a. M. Düringer-Hachenburg III 108). Der Annahmeverzug ist Gläubigerverzug und führt zum Selbsthilfeverkauf nach § 373. Der Abnahmeverzug ist zwar Schuldnerverzug, führt aber regelmäßig nicht zur Anwendung des § 326 BGB., sondern nur zum Schadensersatz wegen verzögerter Abnahme nach § 286 BGB. (RG. 57, 108; 53, 162; näheres hierüber und über die zahlreichen Ausnahmen Exk. zu § 374). Beim Kauf gegen Dispositionspapier (oben Anm. 57 und 61) hat der Käufer die Verpflichtung, das Papier abzunehmen, um den Verkäufer vom Besitz der Ware und der Sorge um sie zu befreien. Über den Annahmeverzug, wenn der Käufer das Dispositionspapier zurückweist, s. § 373 Anm. 8).

b) Die Abnahmepflicht besteht auch ohne besonderes Interesse und wird nicht durch Verzicht des Käufers auf die Kaufsache beseitigt (RG. 53, 162). Anm. 68.

α) Aber sie setzt voraus, daß die Sache vorhanden ist, also daß der Verkäufer sie besitzt, angefertigt oder angeschafft hat, auch bereit und imstande ist, sie zu übergeben (RG. 56, 173; 57, 108 und in Holdheim 14, 186). Daher ist z. B. eine Klage auf Abnahme erst zu fördernden, aber noch nicht zur Ablieferung bereit gestellten Kieses unbegründet. Dem Verkäufer stehen in solchem Fall lediglich die Rechtsbehelfe aus §§ 326, 295 BGB., z. B. wenn Käufer zugleich die Erfüllung überhaupt verweigert oder aus § 373 HGB. bei Annahmeverzug zur Verfügung (JW. 05, 78[15]). Zur Anwendung des § 373 genügt es nämlich, wenn der Kies oder die Kohle zur Verfügung des Verkäufers steht und von diesem jederzeit gefördert werden kann (RG. 5, 66; § 373 Anm. 15). Man darf aber den Abnahmebegriff nicht so überspannen, daß nur ausgeschiedene Ware als abnahmefähig zu gelten habe; jedoch verladefähig muß sie sein (Näheres Exk. zu § 374). Die auf Abnahme gerichtete Klage ist Leistungsklage. Sie kann aber auch Feststellungs-

Digitized by Google

Exkurs vor § 373.

Klage sein, wenn der Antrag den Sinn hat, den bestrittenen Kaufvertrag und die Erfüllungspflicht des Käufers festzustellen. Das Interesse an alsbaldiger Feststellung kann einer solchen Klage nicht deshalb abgesprochen werden, weil die Leistungsklage erhoben werden konnte (vgl. RG. 56, 179; JW. 91, 130[3]). Ist die Ware abgeliefert, so ist die Ware abgenommen; es gibt keine Klage auf Abnahme mehr.

Anm. 69. β) Die Abnahme setzt ferner voraus, daß die Sache die vertragsmäßige Eigenschaft hat. Dies folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vgl. § 294 BGB.; Mot. II 318). Damit ist nicht gesagt, daß der Käufer die Ware nach der Abnahme nicht mehr zurückweisen könnte. Der Sinn des § 377 ist vielmehr gerade der, daß der Käufer die Ware vorläufig in seine Verfügungsgewalt bringe, um sie zu untersuchen. Er muß dies nur sofort nach der Ablieferung tun. Wegen geringfügiger Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. Das ist ein allgemeiner Grundsatz, der sich aus § 242 BGB. ergibt und in §§ 359 Abs. 1 Satz 2, 468 BGB. besondere Anwendung gefunden hat (vgl. RG. 53, 73; JW. 02, 631[14]).

Anm. 70. γ) Wird die Abnahmepflicht des Käufers dadurch aufgehoben, daß der Verkäufer nachträglich die Ware weiter veräußert? Handelt es sich von Anfang an um eine bestimmte Sache, so kann nur sie zur Vertragserfüllung verwendet werden. Der Verkäufer versetzt sich, selbst beim Annahmeverzug des Käufers, nachträglich in die Unmöglichkeit, zu erfüllen, wenn er den Vertragsgegenstand anderweit veräußert (§ 325 BGB.). Handelt es sich um Gattungsware, so kommt es darauf an, ob die Sache zur species geworden ist. Zu einer species wird die Ware jedenfalls durch die Willenserklärung beider Teile, daß der Vertrag durch bestimmte, aus der Gattung bereits ausgeschiedene Ware erfüllt werden soll. Diese Willenseinigung kann ausnahmsweise den Sinn haben, daß unter keinen Umständen nunmehr an Stelle der so bestimmten Sachen andere gleicher Art und Güte geliefert werden dürfen (das ist Tatfrage; ROHG. 7, 283). Regelmäßig hat aber die durch Willenseinigung erfolgte Bestimmung keine weitergehende Wirkung, als wenn die Ware auf dem vom Gesetz vorgesehenen Weg zur species geworden ist (RG. 43, 184; a. M. Planck § 243 Anm. 4). Durch bloße Bestimmung der Ware nach Beschaffenheit und Herkunft (RG. 28, 221; JW. 01, 209[10]: Lieferung der Milch bestimmter Kühe) oder der Leistungspflicht gattungsmäßig bestimmter Sachen aus einem Vorrat (RG. 57, 138), durch den (ungültigen) Selbsthilfeverkauf von Waren, die erst noch aus einem Vorrat auszuscheiden sind (RG. 32, 62) oder durch bloße Ausscheidung wird die Gattung noch nicht zu einer species. Das Gesetz (§ 243 Abs. 2 BGB.; vgl. oben § 360 Anm. 1) verlangt vielmehr, daß der Verkäufer seinerseits alles getan hat, um den Vertrag zu erfüllen. Dazu gehört aber, daß der Verkäufer dem Käufer die ausgeschiedene Sache als ausgeschiedene auch angeboten hat. Erst dann beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese bestimmte Sache, und ist die Gattung zur species geworden (RG. 57, 404). Nimmt der Käufer die ihn so als ausgeschieden kenntlich gemachte, nach §§ 293 ff. BGB. angebotene Sache nicht an, so gerät er mit der Folge in Annahmeverzug, daß er die Gefahr für die ausgeschiedene Sache zu tragen hat (§ 300 Abs. 2 BGB.; s. unten § 373 Anm. 24). Aber auch dann hat der Verkäufer das seinerseits Erforderliche im Sinne des § 243 Abs. 2 BGB. getan, wenn er auf Verlangen des Käufers die ausgeschiedene Sache an einen andern Ort als den Erfüllungsort versendet (§ 447 BGB.; RG. 57, 141). Vom Augenblick des Gefahrübergangs an könnte somit, streng genommen, der Verkäufer die so bestimmte Sache nicht mehr anderweitig veräußern — abgesehen von der Möglichkeit der Wiedererlangung (ROHG. 7, 286); denn die Beschränkung des Kaufs auf die bestimmte Sache gilt für beide Teile. In solcher Schärfe läßt sich jedoch dieser Grundsatz nicht aufrecht erhalten. Gerät der Käufer nämlich in Annahmeverzug, so kann er sich über anderweite Verfügung des Verkäufers über die Kaufsache nicht beklagen, wenn ihm sofort gleichwertige Ersatzware angeboten wird, und er kein Interesse daran hat, gerade die von ihm zurückgewiesene Ware zu erhalten (RG. 43, 188; JW. 03, 344[6]; RG. in SächsA. 15, 62 und ElsLothZ. 29, 644; ROHG. 2, 410; KG.

Digitized by Google

im Recht 02, 586[2642]; vgl. § 373 Anm. 18 und 20). An einem solchen Interesse fehlt es dem Käufer regelmäßig, weil er der Gefahrtragung und der Aufbewahrung enthoben wird. Nur für den Fall des Annahmeverzugs wollte der Gesetzgeber (Prot. I, 288) einen derartigen Verzicht des Gläubigers (des Käufers) unterstellen und dem Schuldner eine exc. doli auf Grund des § 242 BGB. verleihen (so auch Dernburg II 1, § 12 II; Kipp-Windscheid § 255; vgl. auch § 373 Anm. 18ff. und 46). Eine andere Ansicht (Planck § 243 Anm. 5) will das Recht anderweiter Verfügung dem Verkäufer nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch in andern Fällen als in denen eines Annahmeverzugs des Käufers zugestehen, wenn nämlich der Käufer keinerlei Interesse daran habe, gerade die durch § 243 Abs. 2 BGB. bestimmte Sache zu erhalten. Mag man die Beweislast in diesem Falle ordnen, wie man will, so gelangt man auf diesem Weg zu einem dem Gesetz nicht entsprechenden Nachlieferungsrecht des Verkäufers. Exkurs vor § 373.

δ) **Die Zeit der Abnahme.** Ist keine besondere Zeit vereinbart, so muß sofort abgenommen werden (§ 271 BGB. Näheres Exk. zu § 359 Anm. 1ff.). Hier ist noch hinzuzufügen, daß sich die Abnahmezeit nach der vernünftigen Berücksichtigung des Geschäftsganges richtet (ROHG. 13, 366), weshalb auch dann, wenn nach Absicht der Parteien ein längerer Zeitraum für die Abnahme der Ware belassen wird, die Abnahme doch nicht beliebig hinausgeschoben werden kann (Bolze 16 Nr. 414). Über **Abnahme nach Bedarf** siehe oben Anm. 35. Persönliche Behinderungen aber (Krankheit, Abwesenheit, Raummangel) entschuldigen nicht. Über **Abruf** nach Bedarf siehe Exk. zu § 359 Anm. 4. Der Abruf ist, wie jede Mitwirkung des Käufers bei der Ablieferung, kein Teil der Abnahmepflicht, sondern besteht neben der Abnahmepflicht als eine selbständige klagbare Verpflichtung zur Vornahme jener Mitwirkungshandlung. Unterläßt der Käufer die Spezifikation, so entsteht selbständiger Schuldnerverzug, der zur Anwendung des § 375 (RG. 57, 110), bei einer Wahlschuld zur Anwendung des § 264 BGB. (RG. 56, 178) und beim Abruf, wenn er nach der Natur der z. B. nicht lagerungsfähigen Ware oder nach dem Vertragsinhalt als Pflicht des Käufers und daher als Hauptleistung erscheint, zur Anwendung des § 326 BGB. führt. Über letzteren Fall Näheres Exk. zu § 374; RG. 53, 165; 57, 112; JW. 03 Beil. 79[180]. Außerdem entsteht durch Nichtabrufen Gläubigerverzug (Annahmeverzug, § 373 Anm. 1 u. 13f.). Verzug mit einer solchen Mitwirkungshandlung begründet aber nicht die Klage auf Abnahme (RG. 56, 178). Anm. 71.

ε) **Erfüllungsort für die Abnahmepflicht.** Nach § 269 BGB. hat der Schuldner dort zu erfüllen, wo er zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Diese Vorschrift kann hier nicht streng durchgeführt werden. Vielmehr ist, was ebenfalls § 269 BGB. vorschreibt, auf die Natur der Sache zurückzugehen. Die Abnahmepflicht des Käufers ist nämlich das natürliche Gegenstück der Ablieferungspflicht des Verkäufers. Die Ablieferung ist der Akt, durch den der Verkäufer den Käufer in die Lage versetzt oder versetzen läßt, die Ware in seine Verfügungsgewalt zu übernehmen, und der Käufer sie übernimmt. Wo die Ablieferung zu erfolgen hat, da kann naturgemäß auch nur die Abnahme erfolgen. Dort muß demzufolge die Abnahmepflicht erfüllt werden. Hat also der Verkäufer keine Übersendungspflicht, dann hat der Käufer dort abzunehmen, wo der Verkäufer zu übergeben hat. Hat aber der Verkäufer die Übersendungspflicht, so hat er eben die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß dem Käufer am Bestimmungsorte der Ware Gelegenheit gegeben wird, die Ware in seine Verfügungsgewalt zu übernehmen. Dann hat dieser die Ware dort zu übernehmen. Dieser Bestimmungsort ist natürlich nicht immer der Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Käufers. Der Ablieferungs- oder Bestimmungsort sind von diesem Ort oft verschieden (RG. in Holdheim 9, 51 und Gruch. 44, 1153; JW. 00, 12[5]; Exk. zu § 372 Anm. 13). Hiernach richtet sich der Erfüllungsort für die Abnahmepflicht des Käufers (RG. 49, 72). Anm. 72.

Durch den Verzug des Schuldners ändert sich der Erfüllungsort nicht. Also ändert sich auch durch die Abnahmeverzögerung oder Verweigerung des Käufers nicht Anm. 73.

Digitized by Google

Exkurs vor § 373. Anm. 74.

der Erfüllungsort für die Abnahmepflicht des Käufers, insbesondere auch dadurch nicht, daß der Käufer die Ware zurückgehen läßt (RG. 49, 72; vgl. Exk. zu § 372 Anm. 27).

Hiernach richtet sich auch der Gerichtsstand für die Klage auf Abnahme, soweit er auf § 29 CPO. gestützt wird. Das heißt der Erfüllungsort für die Abnahmepflicht ist nicht der Ort, wo sich die Ware zur Zeit der Klage auf Abnahme befindet, sondern da, wo die Ware zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses abzunehmen war (RG. 49, 75; JW. 02, 146). Ist die Klage auf Abnahme der Ware und Zahlung des Preises gerichtet (der Antrag hat in richtiger Fassung auf Zahlung gegen Lieferung zu gehen; Foertsch DJZ. 05, 18), so ist die Abnahme trotz ihrer Voranstellung Nebenverpflichtung (RG. 53, 161; vgl. Exk. zu § 372 Anm. 16). Hauptverpflichtung ist die Zahlung; deren Gerichtsstand entscheidet auch über den Gerichtsstand der Nebenverpflichtung. An diesem einheitlichen Gerichtsstand ist auch auf Abnahme zu klagen (RG. 15, 435; 27, 397; 55, 112; 57, 15); mag auch für Zahlung und Abnahme ein verschiedener Erfüllungsort bestehen (RG. in SeuffA. 60, 293). Der Verkäufer kann sich daher nicht den Erfüllungsort an seinem Wohnort dadurch verschaffen, daß er neben der Klage auf den Kaufpreis an seinem Wohnort zugleich Klage auf Abnahme der bei ihm lagernden Ware erhebt (Bolze 14 Nr. 589i). Soll neben der Feststellung, daß die Ware nicht gekauft worden ist, die Verpflichtung des Verkäufers zur Zurücknahme der Ware ausgesprochen werden, so ist die Zahlungspflicht die streitige Verpflichtung, von welcher der Käufer befreit sein will. Der für diese Hauptverpflichtung gegebene Erfüllungsort bestimmt auch die Zuständigkeit für die Klage auf Zurücknahme (RG. 56, 138). Wird eine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung lediglich mit Abnahmeverzug (also nicht auch mit Zahlungsverzug) begründet, so ist streitige Verpflichtung die Abnahmepflicht. Der Abnahmeort entscheidet alsdann über die Zuständigkeit auch hinsichtlich des gleichzeitig begehrten Auslagenersatzes (RG. im Recht 03, 552[2802]). Der Streitwert einer solchen auf Abnahme gerichteten Klage bestimmt sich nach dem gemäß § 3 CPO. zu schätzenden Interesse des Klägers an Befreiung von der Aufbewahrung, nicht nach dem Wert der Sache (RG. 57, 401; JW. 06, 688[8]); der Streitwert einer auf Zahlung und Abnahme gerichteten Klage dagegen nach der Höhe des Kaufpreises (JW. 95, 222[1]).

Durch die Feststellung der Gerichtszuständigkeit, für die ja lediglich der Klageantrag mit Begründung ausschlaggebend ist, wird aber noch nicht darüber entschieden, ob der Ort der Zuständigkeit auch der materielle Erfüllungsort ist, d. h. ob die Nebenverpflichtung auch wirklich am Ort der Hauptverbindlichkeit erfüllt werden muß.

Anm. 75. VI. **Über den Verzug des Käufers und des Verkäufers.** Hierüber kann an dieser Stelle nicht gehandelt werden. Über den Verzug des Käufers mit der Annahme siehe § 373, über den Verzug des Verkäufers mit der Lieferung und des Käufers mit der Zahlung siehe Exk. zu § 374.

Anm. 76. VII. **Prozessuale Fragen.**

(Antrag und Tenor; Gerichtsstand; Beweislast.)

1. **Die Klage des Verkäufers auf Zahlung.** Zur Begründung der Klage des Verkäufers auf Zahlung gehört, wenn er sich nicht zur Vorleistung verpflichtet hat, nicht die Behauptung, daß er die Ware geliefert habe (JW. 04, 58[12]). Ein Versäumnisurteil kann daher ergehen, auch wenn diese Behauptung in der Klage fehlt. Es ist vielmehr Sache des Beklagten, geltend zu machen, daß der Verkäufer seinerseits noch nicht erfüllt habe (§ 320 BGB.). Gleichwohl ist vorauszusehen, daß man allgemein der früheren Gepflogenheit treu bleiben und in die Klagebegründung die Frage der Erfüllung durch den Verkäufer aufnehmen wird. Die Beweislast, daß er seinerseits erfüllt habe, hat der Verkäufer (RG. 4, 197; Oertmann § 322 Anm. 2 und in BayRpflZ. 05, 10 u. 47; vgl. § 358 BGB.). Im Urkundenprozesse kann geklagt werden auf Grund einer Urkunde, aus der hervorgeht, daß der Käufer sich nur gegen Lieferung der Ware zur Zahlung verpflichtet (vgl. JW. 90, 372[6]; 97, 7[23]).

Anm. 77. a) Der Käufer hat diese Einrede des nichterfüllten Vertrags nur, wenn Leistungen aus dem Kaufvertrag einander unmittelbar gegenüberstehen (vgl. RG. 54, 125; 56, 252).

Digitized by Google

Es darf die Einrede also nicht aus einer selbständigen Nebenabrede hergeleitet werden. Stehen die Leistungen in dem inneren Verhältnis der Leistung Zug um Zug, so ist es nicht von Einfluß, ob die Gegenleistung infolge Abtretung des Anspruchs an einen Dritten zu machen ist (RG. in PostMSchr. 05, 1; vgl. RG. 51, 170). Auch wenn von einer Seite nur in Haupt- oder Nebensache teilweise geleistet ist, findet § 320 Abs. 2 BGB. Anwendung. Der teilweisen Nichterfüllung steht hier eine quantitativ oder qualitativ mangelhafte oder unzureichende Leistung gleich, sofern nur der Mangel beseitigt werden kann (RG. 56, 153; OLG. Frankfurt im Recht 03, 550). Bei teilweiser Nichterfüllung würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn mit mehr zurückgehalten werden wollte, als der ausstehenden Gegenleistung entspricht. Näheres über alle diese Fragen im Exk. zu § 374 Anm. 11 u. 36ff. Exkurs vor § 373.

b) Der Beklagte muß die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aber auch vorbringen, sonst wird er ohne Rücksicht auf die Gegenleistung nach dem Klageantrag verurteilt. Die Einrede ist noch nicht im Antrag auf Klageabweisung oder im Vorschützen einer Aufrechnung enthalten (vgl. § 369 Anm. 64). Meist wird aber in der Erfüllungsweigerung eine solche Einrede enthalten sein. Der Richter muß den Grund der Weigerung klarstellen (JW. 03 Beil. 22[45]). Dringt der Käufer mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags durch, so ist die Klage trotzdem nicht abzuweisen, sondern es erfolgt lediglich die Verurteilung des Käufers zur Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Ware; allerdings treffen den klagenden Verkäufer in diesem Falle die Kosten. Einer Verurteilung in diesem Sinne entgeht der Käufer nicht durch den Einwand, daß er die Leistung des Verkäufers etwa wegen Mangelhaftigkeit mit Recht endgültig zurückgewiesen habe, wenn er nicht zugleich diesem Einwand eine die endgültige Erledigung herbeiführende Form gibt. Er muß in solchem Fall Rücktritt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Wandlung geltend machen. Denn die Einrede des nichterfüllten Vertrags besagt nur, daß die Gegenleistung einstweilen bis zur vertragsmäßigen Bewirkung der Leistung verweigert werde (RG. 58, 176; JW. 06, 333[9]). Ist die Leistung aber nachträglich dauernd unmöglich geworden, wie z. B., wenn eine Brauereifirma infolge einer Fusion oder durch Verbot ihrer bisherigen Firmierung außerstand gesetzt wird, ihr durch die bisherige Firmenbezeichnung eingeführtes Bier fernerhin zu liefern, so reicht die Geltendmachung mittels Einrede aus, weil darin die Rücktrittserklärung nach § 325 BGB. zu finden ist. Anm. 78.

c) Alles dies gilt auch dann, wenn der auf Zahlung verklagte Käufer mit der Annahme der Ware im Verzuge ist. Auch dann kann er einwenden, daß der Verkäufer nicht erfüllt habe, und beanspruchen, daß er nur Zug um Zug gegen Lieferung der Ware zur Zahlung verurteilt werde. Der Verkäufer kann nicht entgegnen, daß er durch Schuld des Käufers, der z. B. nicht abrief, seiner Ablieferungspflicht nicht habe genügen können. Denn einmal gehört zum Annahmeverzuge kein Verschulden. Aber auch wenn der Käufer im schuldhaften Annahmeverzuge ist, so wird doch durch den Verzug des Gläubigers — und hier ist der Käufer der Gläubiger; er hat die Ware zu fordern und befindet sich damit im Annahmeverzuge — die Leistungspflicht des Schuldners nicht berührt. Der Schuldner (hier der Verkäufer) bleibt verpflichtet, die Leistung zu bewirken; er kann nur die Kosten des vergeblichen ersten Angebots ersetzt verlangen (§ 304 BGB.). Und bewirkt ist doch die Leistung in solchem Falle nicht, mag auch der Gläubiger es verschuldet haben, daß sie noch nicht bewirkt ist (§ 322 BGB., insbes. dessen Abs. 2, § 274 Abs. 2 BGB.; §§ 726 Abs. 2, 756, 765 CPO.; Begr. zu § 664 jetzt 726 CPO.; RG. 51, 368; JW. 04, 90[9]). (— Anders natürlich, wenn der Verkäufer von den Rechten aus § 373 oder von seinen sonstigen Rechten auf Grund des Annahmeverzugs Gebrauch gemacht hat. Hat er die Ware hinterlegt oder verkauft, so kann er nunmehr auf Zahlung klagen. Nicht zu verwechseln damit ist der Fall, daß der Käufer die von ihm zurückgewiesene Ware zur Verfügung des Verkäufers bei einem Dritten hinterlegt hat. Hier muß auf Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Ware geklagt werden. —) Der vorleistungspflichtige Verkäufer kann von dem in Annahmeverzug befindlichen Käufer Anm. 79.

Digitized by Google

Exkurs vor § 373.

Zahlung nach Empfang der Vorleistung begehren (§ 322 Abs. 2 BGB.). Ob Annahmeverzug vorliegt, beurteilt sich nach dem Recht des Erfüllungsortes des Käufers, weil Annahmeverzug Voraussetzung der Zahlungspflicht ist. Nach dem Recht dieses Ortes bestimmt sich daher auch, ob der Verkäufer durch gehöriges Angebot den Käufer in Annahmeverzug gesetzt hat (s. § 373 Anm. 13ff.), und ob dem Käufer die Einrede des nichterfüllten Vertrags (oben Anm. 77) zusteht.

Anm. 80. d) Ist nun ein Urteil auf Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung ergangen, so ist zwar die Vollstreckungsklausel ohne den Nachweis zu erteilen, daß der Verkäufer die Ware inzwischen geliefert hat, oder daß der Käufer mit der Annahme der Ware im Verzuge ist (§ 726 CPO.). Aber der Gerichtsvollzieher darf auf Grund eines solchen Urteils nur dann mit Zwangsvollstreckung vorgehen, wenn er mindestens gleichzeitig dem Käufer die Ware anbietet; es sei denn, daß der Käufer mit der Annahme im Verzuge ist (§§ 274 Abs. 2, 322 Abs. 3 BGB.). Dies muß der Verkäufer dem Vollstreckungsbeamten nachweisen; der Verkäufer muß ihm durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden den Beweis erbringen, daß er dem Käufer die Ware bereits geliefert hat, oder der Käufer im Annahmeverzuge ist (§ 756 CPO.). Ebenso darf das Vollstreckungsgericht keinen Vollstreckungsakt vornehmen, wenn ihm nicht der letztere Nachweis geführt ist, was auch durch das Protokoll eines Gerichtsvollziehers geschehen kann (§ 765 CPO.). Es genügt allerdings, daß der Annahmeverzug schon vor dem Urteil eingetreten ist; es ist nicht etwa ein neuer nach dem Urteil eingetretener Annahmeverzug erforderlich. Dies ergibt sich aus den Vorschriften des BGB. deutlich und außerdem aus der Begründung zur Novelle zu § 726 CPO. (RG. 51, 368; JW. 04, 90[8]; SeuffA. 59, 264). Immerhin ist durch diese Vorschriften die Stellung des Verkäufers sehr erschwert. Der Verkäufer muß hiernach noch einmal durch den Gerichtsvollzieher die Ware so anbieten lassen, daß der Käufer in Annahmeverzug kommt, oder aber er muß durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen, daß der Käufer von ihm selbst schon einmal in Annahmeverzug gesetzt worden ist. Der letztere Nachweis wird oft sehr schwer sein. Man denke an den Fall, daß der Käufer dem Verkäufer persönlich erklärt hat, er werde die Ware nicht abnehmen, und der Verkäufer dem Käufer infolgedessen die Ware nur wörtlich angeboten hat (§ 295 BGB.). Geschah das unter vier Augen, wie soll dieser Vorgang durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachträglich bewiesen werden? Und wenn es nicht bewiesen werden kann, dann bleibt dem Verkäufer in solchem Falle nichts übrig, als nunmehr tatsächlich, nicht nur wörtlich anzubieten. Er wird also durch die Formalvorschriften der CPO. zu einer Rechtshandlung gezwungen, von der ihn das materielle Recht befreit. Oder: Der Käufer hat die Sachen abzuholen. Wie soll da durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden, daß der Käufer noch nicht abgeholt hat? Hier bleibt, wenn dieser Nachweis nicht erbracht werden kann, nichts übrig, als durch den Gerichtsvollzieher ein Realangebot vorzunehmen, obwohl nach materiellem Recht ein solches nicht erforderlich ist (§ 295 BGB.). Gemildert werden diese Formalvorschriften nur durch eine weite Ausdehnung des Begriffs öffentlicher Urkunden. Es wird den Gerichtsvollziehern und den Vollstreckungsgerichten genügen müssen, wenn durch öffentlich beglaubigte eidesstattliche Versicherungen des Verkäufers oder seiner Angestellten jene Verzugstatsachen dargetan werden. Unter den Begriff der Urkunden nach §§ 415, 416 CPO. fallen sie. Ferner muß eine im Urteil erfolgte Feststellung des Annahmeverzugs genügen (so auch Begr. zur Novelle zu § 726 CPO.; vgl. über alle diese Fragen Gaupp-Stein u. Remels-Anger zu § 756 CPO.).

Anm. 81. e) Der Gerichtsstand der Klage auf Zahlung ist außer dem allgemeinen Gerichtsstand des Käufers der des Erfüllungsortes für die Zahlung. Hierüber siehe Exk. zu § 372. Durch den Verzug ändert sich der Erfüllungsort nicht, also auch nicht der Gerichtsstand (RGG. 8, 84). Vgl. Anm. 27 im Exk. zu § 372.

Anm. 82. 2. **Über die Klage des Verkäufers auf Abnahme** ist oben Anm. 67ff. gehandelt.

Die Zwangsvollstreckung aus dem auf Abnahme lautenden Urteile erfolgt nach § 887 CPO. (Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen). Sie erfolgt nach

Digitized by Google

§ 888 CPO. (Zwangsvollstreckung zur Vornahme von Handlungen), wenn mit dem urteilsmäßigen Begriff der Abnahme zugleich die Pflicht zu Handlungen ausgesprochen werden wollte, die die Abnahme vorbereiten (z. B. Messen, Numerieren). Diese Gesamthandlung läßt sich nicht teils unter § 887 teils unter § 888 CPO. stellen (RG. 16. 2. 05 II B 15/05). Exkurs vor § 373.

Will der Verkäufer auf Abnahme und Zahlung klagen, so beantragt er, zu erkennen, daß Beklagter schuldig:

1. die Ware abzunehmen;
2. Zug um Zug gegen Lieferung der Ware den Kaufpreis zu zahlen (vgl. oben Anm. 74).

Jeder Teil dieses Tenors ist für sich allein vollstreckbar, ersterer nach Anm. 82, letzterer nach Anm. 80.

3. **Die Klage des Käufers auf Lieferung** anlangend, so ist auf die Ausführungen oben Anm. 76 ff. hinzuweisen. Was dort für die Klage des Verkäufers gilt (Einwand des Schuldners, daß der Gläubiger nicht erfüllt habe; Verurteilung Zug um Zug; Vollstreckung eines solchen Urteils) gilt auch hier. Anm. 83.

Die Vollstreckung eines Urteils auf Lieferung von Waren, die der Gattung nach bestimmt sind, oder auf Herausgabe bestimmter Sachen erfolgt nach §§ 883, 884 CPO. (Wegnahme — RG. 36, 372). Lautet das Urteil auf vollständige Lieferung einer unvollständig gelieferten Einrichtung oder Maschine, so kann sich der Käufer nicht nach § 887 Abs. 1 CPO. zur Herstellung auf Kosten des Verkäufers ermächtigen lassen (RG. 58, 161); er kann den Verkäufer nur nach § 888 CPO. zur Vornahme der Handlung zwingen oder auf Leistung des zur Zeit der Zwangsvollstreckung vorhandenen Interesses nach § 893 CPO. klagen. Der letztere Weg ist sogar ausschließlich gegeben, wenn zu der Handlung das gewöhnliche Maß übersteigende Fähigkeiten gehören (RG. 39, 422; JW. 97, 237[39], 464[23]), oder wenn der Verkäufer durch anderweiten Verkauf sich außerstand gesetzt hat, das Eigentum an der Sache dem Urteil gemäß dem Käufer zu verschaffen (RG. 10, 178; 27, 321; 36, 375 JW. 93, 430[25]). Diese Interessenklage hat aber die Einhaltung der Formen des § 283 BGB. (Fristsetzung im Urteil nach § 255 CPO. oder nach dessen Rechtskraft mit der Androhung, daß nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung abgelehnt werde) zur Voraussetzung; näheres hierüber Exk. zu § 374.

VIII. Fragen der Beweislast. Anm. 84.

1. Den Abschluß des Kaufvertrages hat der zu beweisen, der Rechte daraus herleitet.

a) Wird streitig, ob der, der verhandelt hat, für sich oder als Vertreter eines andern gehandelt hat, so vergleiche wegen der Beweislast Exk. zu § 58 Anm. 4. Um auszudrücken, daß man im Namen eines andern handle, gebraucht die Geschäftswelt häufig die Worte: „Für Rechnung des Herrn X". Zwar besteht gerade ein juristischer Gegensatz in dem Handeln für Rechnung und in dem Handeln im Namen eines andern (RG. 35, 41). Allein wenn Geschäftsleute diesen Ausdruck gebrauchen, so wollen sie sagen, daß das eigene Konto, die eigene Rechnung aus solchen Geschäften weder haften noch Vorteile haben soll (vgl. Exk. zu § 361 Anm. 31).

b) Behauptet der Verkäufer die Vereinbarung eines bestimmten Preises, so hat er die Beweislast, wenn der Käufer zu niedrigerem Preis abgeschlossen haben will. Der Verkäufer kann alsdann nicht statt des vereinbarten Preises den angemessenen oder üblichen Preis beanspruchen; denn der Verkäufer muß beweisen, daß der Vertrag so abgeschlossen worden ist, wie er behauptet (ROHG. 3, 388; 8, 353; 15, 79 und 430; 24, 62). Behauptet der Verkäufer, daß der Vertrag ohne bestimmte Preisvereinbarung abgeschlossen worden, so ist damit behauptet, daß stillschweigend der ortsübliche oder angemessene Preis ausgemacht worden sei. Wendet der Beklagte die Verabredung eines bestimmten geringeren Preises ein, so bringt er damit keine Einrede vor, sondern er bestreitet die Klagebehauptung. Es trifft somit den Verkäufer die Beweislast (Bolze 6 Nr. 1051; 9 Nr. 567d; RG. im Recht 01, 504 und SächsA. 14, 90; JW. 03, 100[13]); er muß beweisen, daß die vom Käufer vorgeschützte Ver- Anm. 85.

Digitized by Google

Exkurs vor § 373. einbarung nicht getroffen wurde. Insbesondere gilt dies, wenn der Verkäufer nach billigem Ermessen den Preis bestimmen will (oben Anm. 25; RG. 57, 49). Im übrigen vgl. die in Anm. 32 der Allg. Einl. 6./7. Aufl. entwickelten Grundsätze.

Anm. 86. 2. **Die Erfüllung des Vertrages hat der zu beweisen,** der Rechte daraus herleitet (oben Anm. 76). Die Erfüllung des Vertrages hat der Verpflichtete auch dann zu beweisen, wenn an die Nichterfüllung des Vertrages eine Vertragsstrafe oder ein Rücktrittsrecht geknüpft ist, und er behauptet, er habe erfüllt (§§ 345, 358, 542 Abs. 3 BGB.; RG. 41, 220; anders nur, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht). Auch vorbehaltslose Annahme verspäteter Leistung ändert (abgesehen von Verwirkung einer Vertragsstrafe, § 348 Anm. 19) an der Beweislast so wenig, als an dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Erfüllungsverzugs. Erst hinzukommende vorbehaltslose völlige Zahlung wird bedeutsam. Es liegt alsdann ein Verzicht auf die Rechtsfolgen des Verzugs vor (RG. 1, 21; JW. 91, 97[28]; 93, 206[46]; vgl. JW. 02 Beil. 280[228]).

Daß vollständig geliefert ist, hat der Verkäufer zu beweisen. Hat aber der Käufer die Ware als Erfüllung angenommen, so kehrt sich die Beweislast um, ohne also die Einrede des nichterfüllten Vertrags zu entziehen (§ 363 BGB.). Dann muß der Käufer die Unvollständigkeit beweisen. So z. B. bei einem Manko. Hier gilt dies insbesondere dann, wenn die Ware ohne Anstand angenommen und der Geschäftsverkehr fortgesetzt ist, während ein Verzicht auf die Quantitätsrüge darin nicht ohne weiteres erblickt werden kann (ROHG. 15, 304; Bolze 8 Nr. 486; 15 Nr. 372; JW. 90, 206[20]; vgl. RG. 20, 5). Näheres, insbes. über die Annahme als Erfüllung § 348 Anm. 19, s. auch Exk. zu § 377.

Anm. 87. 3. **Wegen der Beweislast beim Streite, ob gehörig oder mangelhaft geliefert ist,** siehe zu § 377 und darüber, wenn eine andere Leistung als die geschuldete gemacht ist, siehe § 378.

Anm. 88. 3. **Ein eingewendetes Ziel hat der zu beweisen, der es behauptet** (vgl. Anm. 33 ff. Allg. Einl. 6./7. Aufl. u. RG. 42, 157 („Es kann nicht zweifelhaft sein, daß gegenüber der gesetzlichen Regel der Kläger für die Vereinbarung einer Ausnahme beweispflichtig ist").

Anm. 89. IX. **Übergangsfragen.**

Diese sind hier einfach und mit Sicherheit zu entscheiden. Denn auf alte Schuldverhältnisse findet nach Art. 170 EG. zum BGB. das alte Recht Anwendung. Ist also der Kaufvertrag vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossen worden, so findet auf ihn (ohne Rücksicht auf Stundung oder Anerkenntnis; JW. 05, 132[8]) das alte Recht Anwendung. Nach altem Recht entscheidet sich also der Inhalt der Verpflichtung, insbesondere auch die Frage nach den Voraussetzungen und den Wirkungen des Verzuges. Dies ist kaum mehr bestritten (RG. 52, 264, vgl. § 348 Anm. 37; § 352 Anm. 17). Denn es handelt sich um den mit Eintritt des Verzugs für die Zukunft festgelegten Umfang des Rechtsgeschäfts hinsichtlich der Erfüllung (JW. 02 Beil. 275[216]). Dasselbe gilt von den Wirkungen des Annahmeverzugs (JW. 03 Beil. 85[194]).

§ 373.

§ 373. **Ist der Käufer mit der Annahme der Waare im Verzuge, so kann der Verkäufer die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen.**

Er ist ferner befugt, nach vorgängiger Androhung die Waare öffentlich versteigern zu lassen; er kann, wenn die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken. Ist die Waare dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so bedarf es

Digitized by Google

der vorgängigen Androhung nicht; dasselbe gilt, wenn die Androhung aus anderen Gründen unthunlich ist. § 373.

Der Selbsthülfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers.

Der Verkäufer und der Käufer können bei der öffentlichen Versteigerung mitbieten.

Im Falle der öffentlichen Versteigerung hat der Verkäufer den Käufer von der Zeit und dem Orte der Versteigerung vorher zu benachrichtigen; von dem vollzogenen Verkaufe hat er bei jeder Art des Verkaufs dem Käufer unverzüglich Nachricht zu geben. Im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Benachrichtigungen dürfen unterbleiben, wenn sie unthunlich sind.

Lit.: Frankenburger, zur Lehre vom Kaufvertrag usw. SeuffBl. 65, 409; Heilbron, Kursmäkler als Versteigerer, BankA. 2, 189; Hohenstein, der Abnahme-Annahmeverzug usw. ABürgR. 25, 68 u. Gruch. 48, 7[11]; Jacobi, die Abnahmepflicht des Käufers, JheringsJ. 45, 259; Leo, der Selbsthilfeverkauf, HansGerZ. 00 Beibl. 2; Sohm, der Selbsthilfeverkauf, ZHR. 53, 79.

Der Annahmeverzug des Käufers.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt den Annahmeverzug des Käufers.** Der Käufer ist hinsichtlich der Ware sowohl Gläubiger als Schuldner. Er hat sie zu fordern, er hat sie aber auch abzunehmen. In beiden Beziehungen kann er in Verzug geraten. In dem vorliegenden Paragraphen handelt es sich nun nicht um den Verzug des Käufers in seiner Eigenschaft als Abnahmeverpflichteter, sondern in seiner Eigenschaft als Forderungsberechtigter. Der Paragraph behandelt den Fall, daß dem Käufer die Lieferung der Ware angeboten wird, und er im Verzuge mit der Annahme ist. Es handelt sich um den Annahmeverzug, also um § 293 BGB., nicht um den Abnahmeverzug des Käufers (über den Abnahmeverzug des Käufers siehe § 374 Anm. 5). Noch weniger handelt es sich um den Zahlungsverzug des Käufers. Aus diesem letzteren Grunde ist der vorliegende Paragraph auch minder wichtig. Der frühere Art. 343, der ebenfalls den Annahmeverzug behandelte, kam weniger um seiner selbst willen in Betracht, als deshalb, weil die Vorschriften des Art. 343 von dem Verkäufer auch dann zu beobachten waren, wenn er wegen des Zahlungsverzuges des Käufers Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählte. Das fällt jetzt weg (vgl. Erk. zu § 374). Selbstverständlich hört der Annahmeverzug (Gläubigerverzug) durch Nachholung des Versäumten für die Zukunft auf (JW. 05, 13[3]).

Anm. 1. Im Falle des Annahmeverzuges des Käufers als Gläubiger der Ware muß dem Verkäufer die Möglichkeit gewährt werden, sich der Ware zu entledigen. Diese Möglichkeit, und lediglich diese, regelt der vorliegende Paragraph. (ROHG. 7, 356; RG. 45, 300). Eine ganz andere Frage ist es, ob der Käufer die Ware wegen vertragswidriger Beschaffenheit zurückgeben darf (RG. 43, 44; JW. 98, 102[42]).

I. Voraussetzung ist, daß der Käufer mit der Annahme der Ware im Verzuge ist.

1. Erfordernisse des Annahmeverzuges.

a) Die Annahmepflicht und die Abnahmepflicht sind natürlich in ihrem Wesen, ihrer äußeren Erscheinung gleich. Der Käufer genügt seiner Annahmepflicht in derselben Weise, wie seiner Abnahmepflicht: durch Übernahme der Sachen in seine Verfügungsgewalt. Er ist also mit der Annahme im Verzuge, wenn er die Ware nicht rechtzeitig zu eigener Verfügung übernimmt. Hat der Käufer die Ware vom Verkäufer abzuholen, so kommt er mit der Annahme der Ware in Verzug, wenn er dieser Abholungspflicht nicht rechtzeitig genügt. Hat der Verkäufer die Ware dem Käufer zu übersenden,

Digitized by Google

§ 373. so kommt der Käufer in Annahmeverzug, wenn er die Ware, die ihm am Bestimmungsort zur Ablieferung angeboten ist, dem Verkäufer oder der Transportperson nicht abnimmt, wenn er z. B. die Abnahme von der Bahnverwaltung verweigert (ROHG. 9, 77; RG. in ZHR. 26, 565; JW. 95, 334[33]); vorausgesetzt, daß ihm Gelegenheit zur Untersuchung gegeben war. Hat der Käufer abzurufen oder zu spezifizieren (§ 375), so gerät er in Annahmeverzug, wenn der erfüllungsbereite Verkäufer erfolglos den Abruf oder die Spezifikation verlangt hat (§ 295 BGB.; RG. 43, 104; JW. 04, 90[8] u. 168[8]; vgl. Exk. vor § 373 Anm. 71), oder wenn der Käufer zwar Absendungsorder erteilt, sie jedoch an eine unzulässige Bedingung knüpft (JW. 97, 575[44]). Der Käufer muß also zum Abruf oder zur Spezifikation aufgefordert sein (JW. 98, 308[20]; 04, 168[8]). Hinsichtlich der Spezifikation tritt aber auch Schuldnerverzug ein; hierüber § 375.

Anm. 2. α) Ein Annahmeverzug im Sinne des vorliegenden Paragraphen ist nicht vorhanden, wenn der Verkäufer die Ware bereits durch Willenserklärung dem Käufer übergeben und sie durch ein besonderes Rechtsverhältnis nunmehr für den Käufer in Besitz genommen hat (constitutum possessorium, § 930 BGB.). Wenn der Käufer sich nunmehr weigert, dem Verkäufer die Sache abzunehmen, so muß der Verkäufer auf Grund des besonderen Rechtsverhältnisses vorgehen, die Rechte aus dem vorliegenden Paragraphen stehen ihm aber nicht zu.

Anm. 3. β) Ein Annahmeverzug liegt auch dann vor, wenn der Käufer spätere Annahme zusagt oder die Ware zwar in seinen Gewahrsam nehmen will, aber unter der gleichzeitigen Erklärung der Ablehnung der Ware und mit dem Vorbehalt, daß die Ware für Rechnung und Gefahr des Verkäufers bei ihm lagern solle. Denn dann ist der Verkäufer der Sorge um die Aufbewahrung nicht ledig, und die Verfügungsgewalt ist nicht auf den Käufer übergegangen (RG. 3, 87; 43, 46; vgl. Bolze 5 Nr. 652). Alsdann kann der Verkäufer durch einstweilige Verfügung die Herausgabe der Ware zum Zwecke des Selbsthilfeverkaufs erwirken.

Anm. 4. γ) Desgleichen liegt ein Annahmeverzug im Sinne des vorliegenden Paragraphen dann vor, wenn der Käufer zwar die Ware zunächst angenommen, nach erfolgter Untersuchung aber bei einem Dritten niedergelegt hat (RG. 43, 46; SeuffA. 43 Nr. 138; a. M. Harnier u. Huch DJZ. 4, 110, 194 u. 233). Zwar hat der Käufer in solchem Falle die Ware zunächst angenommen, er hat aber seiner Annahmepflicht nicht voll genügt, nicht in dem Sinne des Vertrages und des Gesetzes. Denn die Pflicht, die Ware anzunehmen (und abzunehmen) ist dahin zu deuten, daß er sie endgültig abnimmt, nicht bloß vorläufig, vorübergehend, um sie zu untersuchen und zu prüfen, sondern endgültig; er muß sie also auch behalten wollen. Sonst wird der Verkäufer von der Sorge um die Aufbewahrung doch nicht frei, und die Möglichkeit, sich dieser Sorge zu entledigen, muß ihm gewährt werden.

Anm. 5. δ) Das Gleiche gilt nicht, wenn der Käufer die Ware in seinen Gewahrsam auf Lager übernommen hat und nachträglich die Ware nach erfolgter Untersuchung dem Verkäufer zur Verfügung stellt. Denn die Verfügungsstellung besagt nur, daß die Lieferung nicht als Erfüllung angenommen werde. Die Weigerung, die Leistung als Erfüllung gelten zu lassen, hat mit der Annahme (d. i. hier mit der Aufbewahrung) nichts zu tun (oben Einl.; RG. 43, 46; JW. 00, 311[4]; a. M. 6./7. Aufl.). Anders natürlich, wenn der Käufer die Ware nur im Interesse des Verkäufers und für dessen Rechnung auf Lager nimmt (oben Anm. 3).

Anm. 6. ε) Dagegen liegt Annahmeverzug vor, wenn der Käufer die Ware zunächst angenommen, dann aber als nicht empfangbar zurückgesendet hat.

Anm. 7. ζ) Annahmeverzug ist endlich gegeben, wenn der Käufer zwar die Ware annehmen will, aber nicht zugleich den vom Verkäufer geforderten, fälligen Kaufpreis anbietet (§ 298 BGB.).

Anm. 8. η) Liegt ein Kauf gegen Dispositionspapier (Kauf gegen Konnossement usw.) vor (Exk. vor § 373 Anm. 57 u. 67; Exk. zu § 372 Anm. 46 b), so begründet die Weigerung des Käufers, das Papier anzunehmen, Verzug in der Annahme (JW. 98, 341[61]; Näheres unten Anm. 35).

Digitized by Google

b) Verzug in der Annahme muß vorliegen. § 373.

α) Zum Verzuge gehört hier nicht Verschulden. Zum Gläubigerverzuge gehört Anm. 9.
nach dem BGB. kein Verschulden, und hier handelt es sich ja um Gläubigerverzug (oben Einleitung). Der Käufer kann sich also hier nicht damit entschuldigen, daß er die Annahme infolge von Umständen nicht bewirkt, die er nicht zu vertreten hat. Der Käufer kommt also auch dann in Verzug, wenn er infolge zufälliger Ereignisse, entschuldbarer Unkenntnis oder Krankheit die Annahme nicht bewirkt (JW. 02, 425[22]). Wenn aber für die Lieferung eine Zeit nicht bestimmt ist, oder wenn der Verkäufer berechtigt ist, vor der bestimmten Zeit zu liefern, so kommt der Käufer nicht in Verzug, wenn er vorübergehend (z. B. durch schwere Erkrankung, JW. 03 Beil. 114[251]) an der Annahme der angebotenen Ware verhindert ist; es sei denn, daß der Verkäufer ihm eine angemessene Zeit vorher die Lieferung angekündigt hat (§ 299 BGB.).

Aus welchen Gründen die Annahme verweigert wird, ist gleichgültig: ob etwa der Anm. 10.
Käufer glaubt, die Annahme zurückweisen zu dürfen, weil die Lieferung zu spät oder nicht in gehöriger Beschaffenheit erfolgt sei, oder weil er den Kaufvertrag überhaupt bestreitet (Bolze 18 Nr. 459), oder weil der Verkäufer entgegen seiner Weisung (§ 447 BGB.) übersendet hat. Auch die Erklärung des Käufers, er werde die Ware später sicher abnehmen, ist unerheblich, wenn die Abnahme schon jetzt erfolgen soll (RG. 8, 22). Auch das ist gleichgültig, ob die Ware dem Verkäufer wirklich lästig fällt; es ist nicht der Gegenbeweis zulässig, daß der Verkäufer kein Interesse daran hat, den Gewahrsam der Sache los zu werden (RG. 5, 64).

β) Wohl aber gehört zum Verzuge, daß der Verkäufer bereit und imstande ist, Anm. 11.
die Leistung zu bewirken.

αα) Er muß bereit sein, die Leistung zu bewirken. Seine Erfüllungsbereitschaft muß der Verkäufer regelmäßig dadurch dartun, daß er tatsächlich anbietet (Realoblation); also beim Gattungskauf regelmäßig die ausgeschiedenen Sachen (RG. 57, 404; vgl. Exk. vor § 373 Anm. 70). Aber ein wörtliches Angebot, d. h. eine klare, bestimmte Erklärung, daß die Ware zur Verfügung stehe, genügt dann, wenn der Käufer ihm erklärt hat, daß er die Ware nicht annehmen werde (hierüber unten Anm. 13), oder wenn zur Bewirkung der dem Verkäufer obliegenden Erfüllungshandlung eine Handlung (also eine Mitwirkung) des Käufers erforderlich ist. Im letzteren Falle, also wenn die Mitwirkung des Käufers zur Bewirkung der Erfüllung des Verkäufers erforderlich ist, kann statt des wörtlichen Angebots auch die Aufforderung an den Käufer erfolgen, die erforderliche Mitwirkung vorzunehmen. Eine solche Aufforderung steht dem wörtlichen Angebot der Leistung gleich (§ 295 BGB.). Als Fall, daß eine Mitwirkung des Käufers erforderlich ist, um die Erfüllung des Gläubigers zu bewirken, ist vom Gesetze besonders hervorgehoben, daß der Käufer die Ware abzuholen hat (§ 295 BGB.). Ein anderer Fall ist der, daß der Käufer Absendungsorder zu geben (RG. 10, 97; Bolze 2 Nr. 1011 u. 1016; 5 Nr. 674; JW. 04, 168[4]; oben Anm. 1) oder abzurufen oder zu spezifizieren (oben Anm. 1) hat oder trotz Aufforderung die zur Verladung nötigen Transportmittel nicht stellt (RG. 50, 260; JW. 99, 261[15]). Zur Bereitschaft des Verkäufers gehört z. B. auch seine Mitwirkung zur Sortierung und zur Feststellung der Einkaufspreise eines nach diesen Preisen zu übernehmenden Warenlagers; denn nach erfolgter Übernahme ist eine solche Feststellung nicht mehr möglich (RG. II 189/06; Urt. v. 30. 11. 06 u. II 353/04; Urt. v. 4. 4. 05). Bereitschaft liegt auch dann vor, wenn es geschäftswidrig ist, die Ware aus einem größeren Vorrat eher auszuscheiden, als unmittelbar vor der Annahme, z. B. bei Kohlen, die zu fördern sind (ROHG. 21, 74; Bolze 19 Nr. 575; vgl. SeuffA. 51 Nr. 195).

Weder des tatsächlichen, noch des wörtlichen Angebots bedarf es, wenn der Käufer Anm. 12.
die ihm obliegende Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig vornimmt, obgleich für sie ein Kalendertag oder ein auf Grund einer Kündigung zu berechnender Kalendertag bestimmt ist (§ 296 BGB.). Vgl. dazu Exk. zu § 374 Anm. 17.

Digitized by Google

§ 373. Für den Fall, daß der Käufer im voraus erklärt, er werde die Ware
Anm. 13. nicht annehmen, wird der Verkäufer, wie erwähnt, von der tatsächlichen Anbietung der Ware frei, ebenso, wenn der Käufer während des Transports oder nach Ankunft der Ware am Bestimmungsorte jene Erklärung abgibt. Eine solche Erklärung überhebt den Verkäufer weiterer Maßnahmen zum Zwecke tatsächlichen Angebots (ROHG. 16, 421; 18, 336), nicht aber der Pflicht zum wörtlichen Angebot, weil dies § 295 BGB. gerade für den Fall der Annahmeverweigerung vorschreibt, nicht des wirklichen Erfüllungsvermögens (unten Anm. 15), nicht der Pflicht, bis zum Annahmetermin zu warten (ROHG. 10, 282; 20, 19); und endlich nicht der Pflicht, die Androhung des Selbsthilfeverkaufs nach Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen zu bewirken, wenn dieser Weg gewählt wird (RG. 1, 310). Da es sich hier um den Gläubigerverzug handelt (oben Einleitung), gelten nicht die nur für den Schuldnerverzug aufgestellten Grundsätze über positive Vertragsverletzungen bei im voraus erklärter Annahmeverweigerung des Käufers. Nur dann würde der Verkäufer auch des wörtlichen Angebots enthoben sein, wenn der Verkäufer die Absendung infolge der bestimmten Weigerung des davon verständigten Käufers unterließ (RG. 50, 210), oder wenn der abrufpflichtige Käufer trotz Aufforderung dies unterläßt, also seine Mitwirkung versagt und außerdem noch die Annahme verweigert (RG. II 303/06; Urt. v. 18. 1. 07). Der Verkäufer muß sogar die Absendung unterlassen, wenn sonst zwecklose Kosten entstehen würden (ROHG. 18, 323 oben; RG. 15, 3; Bolze 3 Nr. 701). Beim cif-Kauf kann letzterer Vorwurf regelmäßig nicht erhoben werden (JW. 01, 756[16]).

Anders liegt der Fall, wenn der Verkäufer auf die ernstliche Weigerung des Käufers hin nicht zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrags, sondern in entsprechender Anwendung des § 326 BGB. (oder im Falle positiver Vertragsverletzung) Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt und deshalb ohne Fristsetzung und weiteres Anbieten verkauft oder versteigert hat (hierüber Erk. zu § 374 und unten Anm. 51).

Anm. 14. Angeboten muß die Ware so werden, wie sie zu liefern ist (§ 294 BGB.), also vollständig, d. h. die ganze fällige Ware. Denn der Verkäufer ist zu Teilleistungen nicht berechtigt (ROHG. 16, 314; § 266 BGB.; unten Anm. 36), sofern nicht eine gegenteilige Vereinbarung, wie z. B. beim Sukzessivlieferungsvertrag, vorliegt. Da der Selbsthilfeverkauf nur eine besondere Art zwangsweiser Erfüllung darstellt (unten Anm. 51 ff.), so kann er sich nur auf die fälligen Leistungen erstrecken. Befindet sich der Käufer nur mit einer Rate in Annahmeverzug, so kann nur diese Rate dem Selbsthilfeverkauf ausgesetzt werden, sollte auch der Käufer die Annahme der übrigen Raten eines Sukzessivlieferungskaufs ernstlich und bestimmt für alle Zukunft verweigert haben; es wäre denn, daß der Selbsthilfeverkauf einer einzelnen Lieferung ohne die dazu gehörigen Raten nicht ausführbar ist (JW. 01, 846[29]; Dreyer in Gruch. 37, 214). Die Gesichtspunkte, die für die Rechte aus § 326 BGB., also für den Rücktritt und den Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Sukzessivlieferungsverträgen beim Zahlungsverzug maßgebend sind, kommen hier, wo es sich allein um die Erfüllung in dem Sinne handelt, den Verkäufer von der Aufbewahrungspflicht zu befreien, nicht in Betracht (vgl. oben Einl. u. unten Anm. 51 f.). Bietet der Käufer zu viel an, so tritt trotzdem für die fällige Leistung Annahmeverzug ein, wenn sie ausgeschieden werden kann und kein innerlich untrennbares Ganzes vorliegt (RG. 4, 9; vgl. unten Anm. 36). Auch zur rechten Zeit muß das Angebot erfolgen (hierüber s. Erk. zu § 359 u. Erk. zu § 372 Anm. 43 ff.). Bei Sukzessivlieferungsverträgen muß der Verkäufer imstande sein, die einzelnen Raten zu den bestimmten Zeiten (auf Abruf) zu liefern (RG. in ElsLothrZ. 29, 197). Dadurch, daß der Käufer mit Annahme einer Rate in Verzug gerät, werden nicht etwa die übrigen Raten fällig (JW. 01, 846[29]). Der Käufer muß auch noch nach Ablauf der Lieferfrist die Rate annehmen, wenn durch die Verspätung der wesentliche Inhalt des Sukzessivlieferungsvertrags nicht verändert wird (JW. 04, 90[8]; vgl. RG. in Holdheim 04, 186). Auch auf die richtige Art muß das Angebot (die Andienung) erfolgen. Geringfügige Abweichungen (JW. 97, 404[10]; Empfang aus

Digitized by Google

Kahn statt ab Quai) muß sich der Käufer gefallen lassen, wenn sich die andere Empfangsart durch die Grundsätze redlichen Vertragsvollzugs rechtfertigt (§ 242 BGB.). Auch muß der Käufer die Ware besichtigen können (RG. in HansGZ. 03 Hptbl. 120; Erk. zu § 372 Anm. 46). Endlich muß auch am rechten Ort angeboten werden (Erk. zu § 372); hier spielen gleichfalls die Grundsätze des § 242 BGB. eine Rolle (JW. 99, 261[15]). Bestand eine Übersendungspflicht, so ist der Verkäufer im Falle voraus erklärter bestimmter Annahmeverweigerung (oben Anm. 13) der Absendung enthoben, wenn der Käufer auf das nachfolgende wörtliche Angebot die Annahme nicht erklärt hat. Weiteres hierüber siehe Erk. zu § 372 Anm. 27. § 373.

ββ) Der Verkäufer muß imstande sein, die Ware zu liefern. Ist der Verkäufer dazu zur Zeit des Angebots nicht imstande oder zur Zeit, in der der Käufer kalendermäßig bei der Erfüllungshandlung des Verkäufers mitzuwirken hätte (oben Anm. 12), so kommt der Käufer nicht in Annahmeverzug (§ 297 BGB.). Die Lieferungsmöglichkeit ist im Allgemeinen nur dann vorhanden, wenn sich die Ware zu der kritischen Zeit im Besitze des Verkäufers befand oder wenigstens zu seiner Verfügung stand. Doch genügt zum Annahmeverzug auch, daß die wörtlich angebotene Ware jederzeit auf dem Markte bereitstand und der Verkäufer zur jederzeitigen Entnahme auf dem Markte fähig war (RG. 50, 260). Nur muß natürlich zur Zeit der Versteigerung die Ware im Besitz des Verkäufers sein (unten Anm. 37). Eine Versteigerung derart, daß die Lieferung an den Ersteher versprochen wird, ist deshalb ungültig (Bolze 14 Nr. 426). Zur Verfügung des Verkäufers steht die Ware auch dann, wenn ein Dritter sie zu seiner Verfügung hält, wozu im allgemeinen ein Vertragsanspruch auf Lieferung genügt (RG. 29, 66; 34, 98; 50, 260; Bolze 14 Nr. 449c); z. B. wenn die Ware beim Lieferungsverpflichteten abgerufen, d. h. abgefordert und von diesem ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen zur Verfügung gestellt worden ist (RG. 33, 97); jedoch dann nicht, wenn der Abnahme beim Dritten Hindernisse im Wege stehen, z. B. wenn der Verkäufer die Ware nur gegen Barzahlung abnehmen konnte und ihm die Mittel hierzu nicht zur Verfügung standen (Bolze 14 Nr. 449c); oder wenn der Dritte die Ware nicht vorrätig hatte (RG. 33, 95, 97; vgl. RG. 34, 100). Die Ware muß mindestens insoweit vorhanden sein, daß es nur der Aussonderung oder der Zusammenstellung eines bestimmten bereitstehenden Stoffes bedarf (RG. 35, 3; 45, 30). Der Umstand allein aber, daß die Ware nur gegen Barzahlung zur Verfügung steht, ist kein solches Hindernis, es sei denn, daß der Empfangsberechtigte zu dieser nicht imstande ist (Bolze 15 Nr. 356). Ist hiernach der Verkäufer nicht imstande zu liefern, so fehlt eine Voraussetzung des Annahmeverzugs, mag nun objektives oder subjektives Unvermögen vorliegen. Nur wird, was Oertmann (§ 297 Anm. 2) zutreffend hervorhebt, sinngemäß ein solches Lieferungshindernis nicht in Betracht gezogen, welches sich gerade aus der geweigerten oder unterbliebenen Mitwirkung des Gläubigers ergibt (oben Anm. 11). Anm. 15.

2. Nur der Annahmeverzug entscheidet; ob außerdem Zahlungsverzug vorliegt, ist gleichgültig. Die Folgen des Zahlungsverzuges sind im Erk. zu § 374 behandelt. Aus dem dort Gesagten geht allerdings hervor, daß der Verkäufer auch wegen des Zahlungsverzuges die Ware versteigern kann. Nur sind, wenn die Versteigerung aus diesem Anlaß vorgenommen wird, die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen nicht anwendbar (RG. 53, 11; JW. 05, 640[7]; unten Anm. 21). Anm. 16.

Der vorliegende Paragraph kommt hiernach auch dann zur Anwendung, wenn Zahlungsverzug überhaupt nicht vorliegt, wenn also der Kaufpreis erst später zahlbar oder schon gezahlt ist (ROHG. 23, 189; RG. 5, 63; 8, 22).

3. Die Beweislast. Daß der Gläubiger in Verzug gekommen sei, hat im allgemeinen der Schuldner zu beweisen, der aus dem Gläubigerverzuge Rechte für sich herleitet. Der Verkäufer hat also, wenn er von dem Rechte des vorliegenden Paragraphen Gebrauch machen will, zu beweisen, daß der Käufer mit der Annahme der Ware im Verzuge ist; daß er also berechtigt war, dem Käufer die Lieferung der Ware anzubieten, der Käufer aber die Annahme der Ware trotz Anm. 17.

Digitized by Google

§ 373. gehörigen Angebots abgelehnt hat oder trotz des Ablaufs des für seine Mitwirkungshandlung bestimmten Termins die Handlung nicht vorgenommen hat. Dagegen ist aus der Fassung des § 297 BGB. zu entnehmen, daß der Käufer zu beweisen hat, wenn er behauptet, daß er trotz alledem nicht in Verzug geraten sei, weil der Verkäufer nicht imstande war, die Ware zu liefern (RG. in ElsLothZ. 29, 197; JW. 03 Beil. 79[180]; OLG. Braunschweig, Recht 05, 369[1654]).

Anm. 18. 4. Fehlen die Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen, so ist zu unterscheiden:

a) Lag ein Annahmeverzug überhaupt nicht vor, entweder weil der Käufer die Annahme nie geweigert hatte (vgl. oben Anm. 5), oder weil die Ware nicht gehörig angeboten war, so ist der Selbsthilfeverkauf unwirksam. War die Sache eine species, so hat sich der Verkäufer durch den Verkauf selbst in die Unmöglichkeit versetzt, den Vertrag zu erfüllen (Exk. vor § 373 Anm. 70); es wäre denn, daß er die Ware selbst ersteigert hätte (unten Anm. 33). Der Verkäufer kann nicht mehr anbieten und den Selbsthilfeverkauf nicht mehr mit einer anderen Ware wiederholen. Handelte es sich aber um Gattungsware, so fragt es sich, ob der Verkäufer alles getan hat, um die Gattungsschuld in eine Speziesschuld umzuwandeln (§§ 243 Abs. 2, 447 BGB.; Näheres Exk. vor § 373 Anm. 70). Ist dies nicht geschehen, hat also der Verkäufer nicht individualisierte Ware angeboten und verkauft (oben Anm. 11, unten Anm. 37), so kann der Verkäufer nun neuerdings anbieten, den Annahmeverzug herbeiführen und einen gehörigen Selbsthilfeverkauf vornehmen (RG. 32, 63; Bolze 22 Nr. 443; ROHG. 23, 84). Hatte dagegen eine Spezialisierung stattgefunden (Exk. vor § 373 Anm. 70), und der Käufer, wenn auch unter Zurverfügungstellung, die Annahme nicht abgelehnt, so kommt es darauf an, ob in der Zurücknahme der Ware seitens des Verkäufers, ohne die er den Selbsthilfeverkauf ja nicht vornehmen kann, ein Verzicht liegt, die spezialisierte Ware zur Vertragserfüllung zu verwenden, ob der Verkäufer sich also die Vertragserfüllung selbst unmöglich gemacht hat. Ein solcher Verzicht ist gegeben, wenn der Verkäufer auf das Verlangen des nicht in Verzug befindlichen Käufers (vgl. oben Anm. 5), die zur Verfügung gestellte Ware zurückzunehmen, eingeht und die Ware versteigert (RG. 43, 46/47). Die Unterstellung eines Verzichts ist aber ausgeschlossen, wenn die Zurücknahme und der Selbsthilfeverkauf im Einverständnis beider Teile erfolgt, um nur den Streit über die Empfangbarkeit auszufechten, oder wenn ein sorgfältiger Verkäufer nicht anders handeln konnte, z. B. wenn die Ware keine Lagerung erträgt (RG. 48, 138). Liegen solche besondere Umstände nicht vor, so kann der Verkäufer nicht die angenommene Ware zurücknehmen, um mit anderer Ware gleicher Gattung zu erfüllen (Exk. vor § 373 Anm. 70). Anders beim Annahmeverzug (unten Anm. 20).

Anm. 19. b) Ein Annahmeverzug war zwar gegeben, ist aber nachträglich weggefallen:

α) Dies ist möglich, indem der Käufer nachträglich die Ware annimmt; dadurch beseitigt er die Folgen des Annahmeverzugs für die Zukunft (JW. 05, 13[3]; 91, 97[21.22], unten Anm. 27). Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu dieser Bereitschaftserklärung, die mit Zustellung des die Bereitschaft aussprechenden Schriftsatzes dem Verkäufer gegenüber wirksam wird (RG. in SeuffA. 60, 333). Für den später vorgenommenen Selbsthilfeverkauf gilt das in Anm. 18 Ausgeführte.

Anm. 20. β) Der Verkäufer nimmt die Ware zurück unter Verzicht auf die Folgen des Annahmeverzugs. Ein solcher Verzicht liegt regelmäßig nicht darin, daß der Verkäufer eine durch gehöriges Angebot zur Spezies gewordene Gattungsware infolge der Annahmeweigerung des Käufers zurücknimmt; der Verkäufer kann die zurückgenommene Ware regelmäßig anderweit verkaufen, ohne sich dadurch in die Unmöglichkeit der Erfüllung zu versetzen (JW. 03, 344[6]). Er kann Sachen gleicher Gattung zum Selbsthilfeverkauf stellen. Näheres in Exk. vor § 373 Anm. 70. Im Einzelfall kann allerdings die Sache anders liegen, wenn in der Zurücknahme das Geständnis der Mangelhaftigkeit enthalten ist (RG. 52, 359). Darüber, wie es sich verhält, wenn zwar Annahmeverzug vorhanden war, aber der Selbsthilfeverkauf nicht ordnungsmäßig vorgenommen worden ist (siehe unten Anm. 44 ff.).

Anm. 21. γ) Der Verkäufer nimmt die Ware nicht zurück, zieht aber die Folgerungen aus einem gleichzeitig vorliegenden Zahlungsverzug. Alsdann fallen die aus § 373

Digitized by Google

abzuleitenden Rechte hinweg, sobald die nach § 326 BGB. gesetzte Nachfrist vergeblich abgelaufen ist. Mit dem Ende der Nachfrist tritt die mit der Fristsetzung verbundene Androhung in Kraft, daß Erfüllung nach Fristablauf nicht mehr angenommen werde. Der Verkäufer kann demzufolge vom säumigen Käufer Erfüllung, also Annahme der Ware, nicht mehr begehren. Ein Selbsthilfeverkauf im Sinne des § 373 ist nicht mehr möglich (vgl. RG. 57, 107). Es bleibt dem Verkäufer nur noch die Wahl zwischen Rücktritt und dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (vgl. Exk. zu § 374). Derselbe Grundsatz muß gelten, wenn der Käufer durch bestimmte Zahlungsweigerung oder durch ein Verhalten, das den Vertragszweck erheblich gefährdet, die Setzung einer Nachfrist überflüssig gemacht und der Verkäufer deshalb erklärt hat, daß er Erfüllung nicht mehr annehme, sondern zurücktrete oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere. Damit sind die Rechte aus § 373 gleichfalls aufgegeben. Es kann nun nur noch zur Feststellung des Schadens wegen Nichterfüllung ein Verkauf der Ware stattfinden. Die Beobachtung der Formen des § 373 ist dazu nicht erforderlich (oben Anm. 16). **§ 373.**

c) Beim Fehlen der Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen kann aber auch der Prozeßrichter durch einstweilige Verfügung die Niederlegung oder Versteigerung anordnen (§ 938 ZPO.; Bolze 15 Nr. 708; RG. SächsA. 54, 245; unten Anm. 26). Selbstverständlich können die Parteien nicht nur die Befreiung von einzelnen Formvorschriften (JW. 03 Beil. 6[14]), sondern überhaupt freihändigen Selbsthilfeverkauf vereinbaren (JW. 98, 363[47]; Bolze 11 Nr. 390). Eine solche Vereinbarung ist noch nicht darin enthalten, daß sich der Verkäufer in den Verkaufsbedingungen lediglich das Recht des Selbsthilfeverkaufs ausbedungen hat (JW. 86, 148[17]); vgl. auch unten Anm. 47. Der Konkursverwalter ist von Einhaltung der Formen des § 373 HGB. nicht entbunden. Denn es handelt sich hier nicht um die Verwertung von Massegegenständen (vgl. § 368 Anm. 81 ff.), sondern um die Verwirklichung des Erfüllungsanspruchs gegenüber dem anderen Vertragsteil (a. M. OLG. Stettin PostMschr 04, 57; vgl. Stephan im Recht 03, 547). Anm. 22.

II. **Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen greifen die beiden Möglichkeiten Platz, sich der Ware zu entledigen:** Niederlegung und Selbsthilfeverkauf. Anm. 23.

1. **Die beiden Möglichkeiten sind nebeneinander gegeben** (vgl. das Wort „ferner" in Abs. 2). Der Verkäufer kann zwar, wenn er will, die Ware nur niederlegen, oder er kann sie auch nur versteigern. Er kann sie aber auch zunächst niederlegen und dann versteigern (vgl. auch unten Anm. 27).

2. **Die beiden Möglichkeiten sind nur wahlweise gegeben: sie sind nur Rechte, keine Pflichten** (ROHG. 19, 343; RG. 13, 22; Bolze 7 Nr. 595; 10 Nr. 493). Der Verkäufer kann die Ware trotz Annahmeverzuges des Käufers auch bei sich behalten (ROHG. 2, 409; Bolze 11 Nr. 403), und er kann, wenn er dies tut, nicht nur für das erfolglose Angebot (also die Transportkosten), sondern auch für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes Auslagenersatz beanspruchen, auch wenn er selbst keine Auslagen darauf hatte; letzteres allerdings nur, wenn er ein Kaufmann ist (vgl. Bolze 11 Nr. 403; 16 Nr. 414; § 354 Anm. 13). Er haftet in solchem Falle nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 300 BGB.). Und auch dann, wenn der Verkäufer Kaufmann ist, verwandelt sich diese Haftung nicht in die Pflicht, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beachten (§ 347 Abs. 2 HGB.). Denn das HGB. regelt die Aufbewahrungspflicht nur bis zum Eintritt des Annahmeverzugs (JW. 95, 335[34]). Der Verkäufer kann auch Ersatz von Standgeldern verlangen, insoweit eine wohlfeilere Art der Aufbewahrung als durch Verladung in Waggons nicht tunlich war (§ 304 BGB.; RG. 45, 302). Der Käufer hat die ihm gegen den Verkäufer aus mangelhafter Aufbewahrung entstandenen Ansprüche in den Formen der §§ 320—326 BGB. geltend zu machen. Handelt es sich um eine verbesserungsfähige Beschädigung der vom Verkäufer schlecht aufbewahrten Sache, so ist die auf Zahlung des Kaufpreises gerichtete Klage des Verkäufers nicht abzuweisen, sondern es erfolgt nur die Verurteilung zur Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der wiederhergestellten Sache (§ 322 BGB.), wobei allerdings den Verkäufer die Prozeßkosten Anm. 24.

Digitized by Google

§ 373. nach § 93 CPO. treffen. Wird dem Verkäufer nach Eintritt des Annahmeverzuges die Lieferung zufolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich, so wird er frei und behält den Anspruch auf den Kaufpreis (§ 324 Abs. 2 BGB.). Für den Fall, daß es sich um eine Gattungsschuld handelt, gilt dies ebenfalls, jedoch mit einer Abweichung. Hier geht nämlich die Gefahr nicht mit jedem Annahmeverzuge auf den Käufer über, sondern nur, wenn der Käufer die ihm als ausgeschieden gekennzeichnete und so angebotene Sache nicht annimmt (RG. 57, 404; Exk. vor § 373 Anm. 70). Also nicht in dem Falle des § 296 BGB., d. h. wenn der Käufer seine erforderliche Mitwirkungshandlung zur Lieferung nicht leistet, obwohl der hierzu bestimmte Kalendertag herangekommen ist (§ 300 Abs. 2 BGB.). Hierbei ist darauf aufmerksam zu machen, daß der § 243 Abs. 2 BGB. nicht treuleiten darf. Nach diesem Paragraphen wird eine Gattungsschuld zu einer Speziesschuld dadurch, daß der Verkäufer alles getan, was seinerseits erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken. Dadurch verwandelt sich jede Gattungsschuld in eine Speziesschuld, wenn der Zustand eintritt, der die Voraussetzungen des Verzuges des Käufers in der Annahme ist. Allein es handelt sich beim § 300 Abs. 2 BGB. nicht um eine Schuld, die in diesem Augenblicke eine Gattungsschuld ist, sondern um eine solche, die es ursprünglich war (Exk. vor § 373 Anm. 70).

Anm. 25. Hat der Verkäufer die Ware bereits versendet, so kann er, anstatt sie niederzulegen oder zu verkaufen, sie auch in seinen Gewahrsam zurücknehmen. Dagegen ist er nicht berechtigt, die Ware unter allen Umständen einfach auf der Bahn zu lassen und ruhig zuzusehen, daß sie bahnamtlich versteigert wird. Er ist durch die einmal erfolgte Versendung und durch die Zurückweisung der Ware durch den Käufer der weiteren Sorge um die Ware nicht ledig (RG. 40, 56). Es ist vielmehr von Fall zu Fall zu prüfen, ob die bahnamtliche Versteigerung auf sein Verschulden zurückzuführen ist (RG. 40, 56; JW. 02, 220[27]). Dies wird z. B. nicht der Fall sein, wenn der Verkäufer von der Zurückweisung oder von der drohenden bahnamtlichen Versteigerung keine Kenntnis erhielt; alsdann hat sich der Käufer diese selbst zuzuschreiben; der Verlust der Ware trifft ihn. Das gleiche gilt, wenn durch das Verhalten des Käufers neue, nicht unerhebliche Kosten für die Eisenbahnverwaltung entstanden sind. Diese für den säumigen Käufer zu verauslagen und dadurch die Ware vor der bahnamtlichen Versteigerung zu schützen, gehört nicht zu den Pflichten des Verkäufers. Der am Ort der Lieferung befindliche Käufer muß sich übrigens um die Ware kümmern (vgl. § 379; JW. 03 Beil. 6[14]). Es kann ihn deshalb sogar ein überwiegendes Verschulden treffen (§ 347 Anm. 12). In solchen Fällen ist der Verkäufer von seiner Leistungspflicht befreit — wenn nicht die Abwägung beiderseitigen Verschuldens ein anderes ergibt — und hat dennoch seinen Anspruch auf den Kaufpreis (§§ 275, 324 Abs. 2 BGB.; OLG. Posen, OLGR. 4, 30). Das gleiche gilt, wenn ein Handelsgebrauch besteht, daß der Verkauf bahnamtlich erfolgen darf (unten Anm. 33 und 47).

Anm. 26. 3. **Die beiden Möglichkeiten sind nicht ausschließlich gegeben,** wie aus § 374 hervorgeht. Vielmehr bleiben die weitergehenden Befugnisse unberührt, die das BGB. für den Fall des Annahmeverzuges gewährt (hierüber zu § 374). Unter ganz ausnahmsweisen Umständen ist die Preisgebung der Sache nach § 242 BGB. in RG. 60, 164 zugelassen worden.

Außerdem aber ist auch der Prozeßrichter im Wege der einstweiligen Verfügung zu anderen Anordnungen befugt, wobei er natürlich auch von den Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen absehen kann. Denn es handelt sich hier ja nur um die verschiedenen Möglichkeiten der privaten Selbsthilfe (vgl. oben Anm. 22).

Anm. 27. 4. **Die beiden Möglichkeiten sind solange gegeben, als der Annahmeverzug des Käufers dauert.** Wann der Verkäufer sie ausüben will, liegt in seinem Ermessen (Näheres unten Anm. 42). Auch durch die Anstellung einer Klage auf Erfüllung (auf Abnahme, auf Zahlung) ist er nicht gehindert, davon Gebrauch zu machen (unten Anm. 42), wie er auch umgekehrt nach Androhung des Selbsthilfeverkaufs zur Klage auf Abnahme und Zahlung übergehen kann (JW. 04, 168[8]). Ein Übergang vom Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf das Erfüllungs-

Digitized by Google

begehren und den danach zu beurteilenden Selbsthilfeverkauf ist ausgeschlossen (oben Anm. 21; JW. 03, 185[43] steht nicht entgegen). § 373

Hat der Käufer einmal die Annahme verweigert, so wird er vom Annahmeverzuge nur dann befreit, wenn er seine Sinnesänderung dem Verkäufer zu erkennen gegeben hat (RG. 32, 63) und dem Verkäufer außerdem die Kosten des ersten vergeblichen Angebots anbietet (§ 304 BGB., oben Anm. 19).

5. **Insbesondere die Niederlegung.** Anm. 28.

a) Sie erfolgt in einem ordentlichen Lagerhause oder sonst in sicherer Weise. Also auch bei einem privaten Dritten. Auch bei der Hinterlegungsstelle? Das ist schon durch unseren Abs. 1 nicht ausgeschlossen. Abgesehen davon ist es, soweit es sich überhaupt um Gegenstände handelt, die sich zur Hinterlegung bei der staatlichen Hinterlegungsstelle eignen, durch § 374 HGB. und § 372 BGB. zugelassen. Im übrigen wählt der Verkäufer die Niederlegungsstelle mit der ihm obliegenden Sorgfalt (vgl. oben Anm. 24).

b) Sie erfolgt auf Kosten des Käufers. Der Verkäufer wird sie natürlich vorschießen Anm. 29.
müssen; der Käufer muß sie ihm erstatten. Sie treten dem Kaufpreise als Aufwendung hinzu und erhöhen die Zahlungsverpflichtung des Käufers aus dem Kaufvertrage, die der Käufer, ebenso wie den Kaufpreis, Zug um Zug zu zahlen hat. Vor Erstattung der Kosten braucht der Verkäufer, wenn er nicht vorzuleisten hat, dem Käufer die Ware nicht auszuantworten. Zur Abschließung des Verwahrungsvertrages im Namen des Käufers gilt er keineswegs für verpflichtet, aber auch nicht für berechtigt (vgl. RG. 26, 107, wo die ähnliche Pflicht des Verkäufers zur Absendung der Ware und Beauftragung des Frachtführers dahin ausgelegt ist, daß er hierbei im eigenen Namen zu handeln hat).

Der Inhaber der Niederlegungsstelle hat infolgedessen auch kein unmittelbares Klagerecht gegen den Käufer auf Erstattung der Kosten.

c) Die Niederlegung geschieht auf Gefahr des Käufers. Immerhin hat der Verkäufer Anm. 30.
die ihm obliegende Sorgfalt zu erfüllen. Wie er einen geeigneten Depositar zu wählen hat, so hat er unter Umständen auch für die Versicherung zu sorgen. Man wird dies annehmen müssen, wenn der Ware eine Gefahr droht, die dem Käufer nicht bekannt sein konnte, oder wenn der Käufer annehmen konnte, daß der Verkäufer die Ware versichern werde, und es deshalb unterließ (Hahn § 5 zu Art. 343).

d) Eine Anzeige an den Käufer von der bevorstehenden oder von der erfolgten Niederlegung ist nicht vorgeschrieben.

6. **Insbesondere der Selbsthilfeverkauf.** Für diesen sind besondere Formen vorgeschrieben. Anm. 31.

a) Vorangehen muß dem Selbsthilfeverkauf eine Androhung. Ist diese unterlassen, so ist der Selbsthilfeverkauf dem Käufer gegenüber unwirksam (ROH. 12, 285), auch wenn er von der Versteigerung in anderer Weise Kenntnis erhielt. Der Inhalt der Androhung betrifft den beabsichtigten Verkauf, nicht den Termin des Verkaufs (RG. 1, 6; RG. in ZHR. 26, 567). In unserem Abs. 5 ist aber außerdem eine Benachrichtigung vom Termin nach Zeit und Ort vorgeschrieben, aber nur für den Fall der öffentlichen Versteigerung und auch da nicht als Gültigkeitserfordernis, sondern unbeschadet der Gültigkeit und nur mit dem Präjudiz der Schadensersatzpflicht (hierüber unten Anm. 49). Ob die Androhung, um wirksam zu sein, auch die Art des Verkaufs, ob öffentlich oder nichtöffentlich, enthalten muß, kann nach der Fassung des Abs. 2 zweifelhaft sein. Der Wortlaut spricht dafür, da bei jeder der beiden Möglichkeiten die vorhergegangene Androhung besonders vorgeschrieben ist. Allein die Rechtsprechung hat sich für das Gegenteil entschieden, weil der Verkäufer im Zweifel berechtigt ist, den öffentlichen Verkauf vorzunehmen (ROHG. 10, 242; RG. 1, 7). Eine Form für die Androhung ist nicht vorgeschrieben; sie kann daher mündlich oder schriftlich erfolgen und reist auf Gefahr des Käufers, da sie ja durch seinen Verzug veranlaßt ist. Ordnungsmäßige Absendung ist aber zu beweisen. Die Wahl des eingeschriebenen Briefes ist nicht vorgeschrieben. — Die Zeit der Androhung anlangend, so muß sie so zeitig erfolgen, daß sie ihren Zweck erfüllen kann, dem Käufer die Möglichkeit zu der Erwägung zu lassen, ob er

Digitized by Google

§ 373. nicht doch annehmen wolle, und zum Treffen der Vorkehrungen, daß möglichst günstig verkauft werde (RHOG. 19, 223; 23, 170). Sie kann mit der im Absatz 5 vorgesehenen Benachrichtigung vom Versteigerungstermine verbunden werden, die übrigens für sich allein schon einer Androhung gleichsteht (OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 162). Sie kann aber ferner auch mit dem Erfüllungsangebot verbunden werden (RHG. 23, 170). Der Käufer kann sich darüber nicht beklagen. Es kann also der Verkäufer sagen: Ich biete Ihnen die Ware an; im Falle der Nichtannahme werde ich sie öffentlich versteigern.

Anm. 32. Ausnahmsweise kann die Androhung unterbleiben, nämlich, wenn die Ware dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, und ebenso, wenn die Androhung aus anderen Gründen untunlich ist. Zunächst ist hier zu bemerken, daß in diesem Falle nur die vorgängige Androhung unterbleiben kann, die übrigen Erfordernisse des vorliegenden Paragraphen müssen aber auch in diesem Falle erfüllt werden (RG. 5, 97). Sodann ist zu bemerken, daß beides vorliegen muß: die Ware muß dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge sein. Das will sagen: es muß eine nahe Gefahr des Verderbens vorliegen. Es liegt dieses Erfordernis aber nur dann vor, wenn die Ware infolge ihrer Beschaffenheit dem Verderben ausgesetzt ist; bloße persönliche Verhältnisse des Käufers oder des Depositars genügen dazu nicht; diesen muß eben abgeholfen werden (vgl. RHG. 18, 351). Dem Verderben muß sie ausgesetzt sein: darunter ist nur die Zerstörung ihrer objektiven Brauchbarkeit (z. B. bei Lebensmitteln deren Verfaulen, bei Wechseln deren Präjudizierung), nicht andere Entwertung, etwa durch sinkende Preiskonjunkturen (Hahn § 17 zu Art. 343; vgl. auch den Sprachgebrauch in §§ 1218, 1219 BGB.) zu verstehen. Der Verderb muß eine völlige Entwertung im voraussichtlichen Gefolge haben, nicht nur Schlechterwerden. Bloßes Rosten des Eisens ist kein Verderb (Bolze 2 Nr. 1006). — Die andere Ausnahme liegt vor, wenn die Androhung aus anderen Gründen untunlich ist; z. B. weil die Adresse des Käufers nicht oder nur mit ungewöhnlichen Schwierigkeiten zu ermitteln ist.

Anm. 33. b) **Wie erfolgt der Selbsthilfeverkauf?** Durch öffentliche Versteigerung oder, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder durch zur öffentlichen Versteigerung befugte Personen zum laufenden Preise.

α) Die öffentliche Versteigerung muß nach den am Orte des Verkaufs bestehenden Rechtsgrundsätzen erfolgen, und wenn es solche nicht gibt, nach den bestehenden Lokalusancen (RHG. 20, 23; RG. 1, 270), insbesondere nach ortsüblichem (RHG. 16, 93) oder angemessenem Ausschreiben (Bolze 20 Nr. 505; RG. 19, 198 — ein Tag vor der Versteigerung unangemessen —); im Ausland gemäß den ausländischen Vorschriften (JW. 03, 184[42]). — Die Veräußerung muß (vgl. § 383 Abs. 3 BGB.) durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder durch einen zu Versteigerungen befugten anderen Beamten erfolgen [Kursmakler, wenn er dazu ermächtigt ist (§ 34 BörsGes.; KG. in OLGR. 6, 89) oder sonstigen Handelsmakler, der dazu öffentlich ermächtigt ist — Art. 13 preuß. AG. z. BGB., vgl. § 93 Anm. 5 —, Notar — Art. 31 des preuß. Gesetzes über die FGG.] oder durch einen öffentlich angestellten Versteigerer. Also nicht durch einen Bediensteten des Verkäufers (RG. 5, 94; JW. 86, 148[17]) und nicht durch die Eisenbahn als Frachtführerin (RG. 40, 56; JW. 02, 220[27]; Holdheim 05, 266). Jedoch kann hinsichtlich der Eisenbahn ein Handelsbrauch anderes bestimmen (JW. 03 Beil. 6[14]; vgl. oben Anm. 25). Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich (und zwar gehörig, JW. 00, 10[13]) bekannt zu machen, § 383 Abs. 3 BGB.; daß die Versteigerungsbedingungen vor dem Termin bekannt zu machen seien, ist nicht vorgeschrieben (vgl. RG. 8, 24). Die Versteigerung muß öffentlich erfolgen, nicht gerade der Zuschlag (RG. 8, 24). Öffentlich ist eine Versteigerung, wenn sie sich in den für solche Versteigerungen vorgeschriebenen, und, wenn es daran fehlt, ortsüblichen Formen abspielt (RHG. 16, 93; 20, 23; RG. 1, 270). Ortsübung kann danach eine beschränkte Öffentlichkeit rechtfertigen

Digitized by Google

(OLG. Dresden OLGR. 7, 387). Geheime Verabredungen zum Vorteil eines Interessenten können dem Verkauf den Charakter der Öffentlichkeit entziehen (RG. 8, 29). Darüber, wie es sich mit der Beeidigung der Handels- und Kursmakler verhält, siehe § 93 Anm. 5. Bei den übrigen Beamten hängt es davon ab, ob nach den betreffenden Vorschriften die Wirksamkeit ihrer Handlungen von der Vereidigung abhängt (RG. 18, 91). Der Steigerungsbeamte darf nicht mitbieten (§§ 457, 458 BGB.; §§ 170, 181 FGG.). Der öffentliche Verkauf darf kein Scheinverkauf sein, sonst ist er wirkungslos (ROHG. 8, 377; 16, 284). Auch darf er nicht mit Arglist betrieben werden, so daß Kauflustige abgehalten werden (RG. bei Gruch. 28, 1065). Auch Fahrlässigkeit nach dieser Richtung macht den Verkauf unwirksam (Bolze 21 Nr. 484). Aber dadurch, daß der Verkäufer als Mitbieter und Käufer auftritt, wird er nicht wirkungslos. Dies ist jetzt in Abs. 4 ausdrücklich ausgesprochen (vgl. RG. 5, 58). Daraus folgt, daß der Verkäufer, der zu niedrigem Preise ersteigert, sich diesen Nutzen nicht abzuziehen braucht. Verkauft der Verkäufer die von ihm erstandene Ware um einen höheren Preis weiter, so geht dies den Käufer, gegen den der Selbsthilfeverkauf stattfand, nichts an. Er kann deshalb nicht einen Abzug an dem von ihm geschuldeten Kaufpreis machen. Ebensowenig kann der Käufer beim Spezifikationskauf einwenden, daß der Verkäufer, der das Rohmaterial selbst ersteigert hat, dies behalten und die Ware gar nicht angefertigt hat. Denn das Spezifikationsrecht ist ja in seiner Person durch die Ersteigerung seitens des Verkäufers erloschen. Entsprechendes gilt, wenn der Versteigerer für sich einen Dritten ersteigern ließ. Ob er an diesen liefert, ist gleichgültig (JW. 99, 495[34]). Über das nicht von den Parteien veranlaßte Abhalten vom Mitbieten s. Exk. zu § 346 Anm. 12. **§ 373.**

β) Der nichtöffentliche Verkauf ist nur zulässig, wenn die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat (über diesen Begriff s. Exk. vor § 373 Anm. 29 ff.). Er erfolgt aus freier Hand. Es darf ihn ein zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigter Handelsmakler oder Kursmakler vornehmen (oben Anm. 33 u. OLG. Stettin PostMSchr. 03, 175; KG. in OLGR. 6, 89). Der Verkauf kann aber auch, wenn der Verkäufer dies vorzieht (nicht nur, wie früher nach Art. 343 in Ermangelung eines Handelsmaklers), durch eine zu öffentlichen Versteigerungen befugte Person (s. oben Anm. 33) zum laufenden Preise bewirkt werden. — Beim nichtöffentlichen Verkaufe darf der Verkäufer nicht als Käufer auftreten; das wäre ja kein wirklicher Kaufvertrag. Die Versteigerung läßt er bewirken; den Verkauf aus freier Hand bewirkt er, wie Abs. 2 sagt. Noch weniger ist es dem Verkäufer gestattet, die Ware zum Tageskurse einfach zu behalten, zu „übernehmen". Anm. 34.

γ) Beide Arten von Verkäufen erfolgen ohne Mitwirkung des Gerichts.

c) **Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs** ist die zu liefernde Ware. Anm. 35.

α) Bei Waren, über die ein Dispositionspapier ausgestellt ist (Konnossement, Ladeschein, indossabler Lagerschein), kann auch das Dispositionspapier im Wege des Selbsthilfeverkaufs versteigert werden, wenn Annahmeverzug vorliegt (oben Anm. 8). Denn das Dispositionspapier ist an sich geeignet und oft dazu bestimmt, Besitz und Eigentum der Ware auf den Käufer zu übertragen (§ 363 Anm. 35 ff.; Exk. zu § 372 Anm. 46 b). Es sind jedoch zwei Fälle auseinanderzuhalten: war so abgeschlossen, daß das Konnossement vor Ankunft der Ware zu übergeben ist (Kauf gegen Konnossement — Kasse gegen Konnossement; Exk. zu § 372 Anm. 46 b), so liegt in diesem Abschluß zugleich die Vereinbarung, daß der Käufer das Konnossement mit allen an seine Übergabe geknüpften Folgen, z. B. Gefahrtragung usw. übernehmen soll (RG. 52, 354). Nur aus diesem Grund muß der Käufer die durch das Konnossement vertretene, schwimmende Ware, d. h. das Konnossement selbst, versteigern lassen (vgl. RG. 52, 352); nicht aber deshalb, (wie JW. 01, 227[4] annimmt), weil nach allgemeinen Grundsätzen (unten Anm. 36) der in Annahmeverzug befindliche Käufer vor dem Selbsthilfeverkauf nicht immer die Besichtigung der Ware verlangen könne, oder weil dem Erwerber keine ungünstigeren Bedingungen gestellt

Digitized by Google

§ 373. worden sind, als sie unter den Parteien bestehen. Nach dieser letzteren Begründung müßte sich der Käufer die Versteigerung des Konnossements im zweiten, wohl zu unterscheidenden Falle, nämlich auch dann gefallen lassen, wenn nicht gegen Konnossement gekauft, sondern nur das Konnossement statt der gekauften schwimmenden Ware angeboten ist. Dagegen ist jedoch zu erinnern, daß der Käufer, der nicht gegen Konnossement gekauft hat, sich mit dem Anbieten eines Konnossements über die irgendwo schwimmende Ware nicht zu begnügen braucht. Er kann die Ware selbst verlangen (JW. 01, 654[14]). Dieser Anspruch wird nicht dadurch beseitigt, daß der Verkäufer bei Versteigerung des Konnossements die Garantie für die vertragsmäßige Beschaffenheit der Ware übernommen hat. Ist also nicht gegen Konnossement gekauft, so kann die schwimmende Gattungsware zwar auch im Schiff verkauft werden; aber nicht vor Ankunft am Leistungsort. Sie muß dem Käufer auch dort greifbar angeboten sein. Ist unter dieser Voraussetzung das Konnossement versteigert, so schadet das nichts; denn eigentlich ist dann die Ware versteigert. Hat der Käufer in diesem Fall (d. h. wenn nicht gegen Konnossement gekauft war) vor Eintreffen der Ware am Leistungsort seine bestimmte Annahmeweigerung erklärt, so kann der Selbsthilfeverkauf an dem Orte stattfinden, den der Verkäufer unter Anwendung gehöriger Sorgfalt für den geeigneten halten durfte, den höchstmöglichen Preis zu erzielen. Nicht darauf, wo sich das Konnossement, sondern darauf, wo die Ware sich befindet, kommt es alsdann an, weil nicht das Konnossement, sondern die Ware versteigert wird, und der Steigerer wissen muß, wo er die Ware prüfen und empfangen kann (vgl. JW. 01, 654[14]; RG. II 418/05, Urt. v. 20. 2. 06).

Anm. 36. β) Teillieferungen braucht der Käufer nicht anzunehmen. Deshalb dürfen sie auch nicht Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs sein (§§ 266, 294 BGB.; ROHG. 24, 358; RG. 4, 7). Wo aber der Käufer Teillieferungen kraft Vereinbarung annehmen muß, wie beim Sukzessivlieferungsvertrag, da können auch Warenteile zum Verkauf gestellt werden (JW. 04, 90[6]). Der Verkäufer muß den Annahmeverzug hinsichtlich jeder einzelnen Rate abwarten (oben Anm. 14). Er kann alsdann den Selbsthilfeverkauf jeder einzelnen Rate vornehmen, nicht aber hinsichtlich der noch nicht fälligen Raten (JW. 01, 846[29]; 04, 90[6]). Hat der Verkäufer mehrere Raten, von denen eine oder mehrere noch nicht fällig waren, zusammen dem Selbsthilfeverkauf ausgesetzt, so ist der Verkauf trotz der Teilbarkeit der Ware ungültig, wenn etwa durch den Verkauf der zu großen Menge der Preis gedrückt oder sonstwie das Interesse des Käufers geschädigt worden ist. Andernfalls ist der Selbsthilfeverkauf nur zu dem Teil ungültig, bezüglich dessen der Käufer sich nicht in Annahmeverzug befunden hat. Liegt Annahmeverzug mit allen Einzellieferungen vor, so braucht sich der Selbsthilfeverkauf nicht selbst wieder übereinstimmend mit dem Vertrag als Sukzessivlieferungsgeschäft darzustellen. Es kann vorgeschrieben werden, daß nun die ganze Menge auf einmal zu liefern, abzunehmen und zu zahlen ist (JW. 04, 90[6]; allerdings anders JW. 83, 272[22]). Nur darf durch das Ausbieten der ganzen ungeteilten, vielleicht sehr großen Menge nicht der Zweck des Selbsthilfeverkaufs vereitelt werden. Die Vorschrift der gleichzeitigen Abnahme der ganzen Menge muß sich mit den Grundsätzen von Treue und Glauben decken. Der Gesamtverkauf darf also kein arglistiger und illoyaler, sondern muß ein den Umständen angemessener sein (RG. 30. 9. 04 II 196/04; RG. in Holdheim 15, 276). Daß einzelne Steigerungslustige für die ausgebotene große Menge innerhalb der gegebenen Abnahmefrist keine Verwendung hatten, also vom Mitbieten abgehalten worden sind, ist für sich allein nicht entscheidend.

Ferner können Teilleistungen dem Selbsthilfeverkauf unterzogen werden, wenn mehrere Gegenstände verschiedener Art ohne Gesamtpreis und zwar so verkauft sind, daß sie kein einheitliches Geschäft bilden (Bolze 12 Nr. 456); nicht aber auch dann, wenn es sich um Teile eines durch ein Geschäft gekauften Postens handelt, sollte der Posten auch an sich teilbar sein (ROHG. 21, 236; 24, 358; Bolze 2 Nr. 1010; JW. 86, 148[17]). Die konkrete Untrennbarkeit des ganzen Geschäfts muß eben von der wirtschaftlichen Teilbarkeit

Digitized by Google

der Lieferung unterschieden werden (RG. 4, 8). Damit ist aber nicht gesagt, daß nun die ganze Menge auf einmal verkauft werden müßte. Es kommt ganz auf die Sachlage an und darauf, was hiernach angemessen ist. Es können sehr wohl Einzelverkäufe an verschiedenen Tagen stattfinden (wie ja auch bei einer Versteigerung ein Stück nach dem andern losgeschlagen wird), wenn das den Interessen nicht widerspricht (Bolze 33 Nr. 498). Nur kann, ehe nicht die ganze Menge, mit der sich der Käufer in Annahmeverzug befindet, verkauft ist, der Ausfall nicht festgestellt werden (Bolze 23 Nr. 498). Nur so ist ROHG. 24, 358 zu verstehen: dort hatte der Verkäufer einen Teil der Ware öffentlich, einen andern freihändig verkauft. Der ganze Verkauf war wegen Untrennbarkeit ungültig. § 373.

Man hat im allgemeinen daran festzuhalten, daß Abweichungen von dem, was beim eigentlichen Kaufgeschäft nach Gesetz und Vertrag gilt, rechtlich unschädlich sind, wenn sie wirtschaftlich unschädlich sind, d. h. den Versteigerungszweck, den nach den Umständen höchstmöglichen Preis zu erreichen, nicht vereiteln. Von diesem Gesichtspunkt aus sind ortsübliche Abweichungen unschädlich; denn das Ortsübliche entspricht ja der Auffassung der Kauflustigen (vgl. JW. 04, 560[26]).

γ) Die verkaufte Ware muß zum Selbsthilfeverkauf gestellt werden; d. h. beim Spezieskauf muß die Ware gerade die bestimmte Ware sein (ROHG. 2, 410; 21, 76; Bolze 9 Nr. 402; Erk. vor § 373 Anm. 70). Beim Gattungskauf kann noch auszuscheidende Ware, ja sogar noch zu fördernde Kohle zum Verkauf gestellt werden (ROHG. 21, 74; 22, 7; RG. 5, 66; Bolze 19 Nr. 575). Nur muß die Ware im Besitz des Versteigerers sein oder zu seiner Verfügung stehen (Näheres oben Anm. 15). Der Verkauf des Anspruchs auf Herstellung der Ware kann nicht Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs sein (RG. 35, 3); auch nicht der Anspruch auf Lieferung der Ware durch einen Dritten. Die Ware selbst muß veräußert werden. Es genügt daher, wenn der Dritte innerhalb der in den Versteigerungsbedingungen festgesetzten Frist vertragsmäßig zur Lieferung verpflichtet war (RG. 11, 111; Bolze 19 Nr. 575). Es kommt dabei weniger auf die Identität der zur Bezeichnung der Ware im Kaufvertrag gewählten Worte als darauf an, ob die in Frage kommenden Interessentenkreise die versteigerte Ware nach ihren Warenkenntnissen für solche Ware halten mußten, wie sie dem Käufer verkauft und zu liefern war; denn der Zweck des Selbsthilfeverkaufs verlangt nur, daß nach dem wahren Wert des Kaufgegenstands ein höherer Preis nicht erreicht werden konnte (RG. 5, 60; 29, 63; ROHG. 15, 130). Die Versteigerung muß den Hinweis auf einen bestimmten, durch Angabe des Lagerungsortes individualisierten, besehbaren Vorrat enthalten, wenn nicht schon die Umstände genügend darauf hinweisen, wo die Ware bereitliegt. Das Ziel der Versteigerung darf nicht ein reiner Gattungskauf sein (RG. 45, 31; OLG. Hamburg, OLGR. 6, 469). Die zum Verkauf gebrachte Ware muß auch von derselben Beschaffenheit sein wie die gekaufte (RG. 4, 70: also nicht durch Lagern verdorbene Kohlen); sonst kann jetzt noch gerügt werden. Es kann übrigens in dem Schweigen auf die Benachrichtigung, daß die Ware nicht ganz in der vertragsmäßigen Mischung zum Verkauf komme, Genehmigung liegen. Anm. 87.

δ) Die Bedingungen des ursprünglichen Kaufvertrags, also die Vorschriften über Fristbewilligungen, über den Erfüllungsort, über die Spezifikationsweise brauchen in die Steigerungsbedingungen des Selbsthilfeverkaufs nicht immer, auch nicht immer genau, aufgenommen zu werden. Das Gesetz bestimmt darüber nichts. Daraus folgt, daß nach der an dem betreffenden Ort bestehenden geschäftlichen Übung mit Rücksicht auf die Umstände des Falles zu verfahren ist, so daß das Interesse des säumigen Käufers nicht in ungerechtfertigter Weise verletzt wird (ROHG. 10, 372; 15, 150; RG. 19, 200; Bolze 20 Nr. 498; 22 Nr. 455; JW. 04, 560[26]; RG. im Recht 05, 622; oben Anm. 36 am Schlusse). Es kann also gegen Kasse verkauft werden, obgleich der ursprüngliche Kaufvertrag Dreimonatsakzept vorschrieb (OLG. Dresden ZHR. 38, 262). Aus der Natur des Selbsthilfeverkaufs ergibt sich, daß eine Meistbegünstigungsklausel, das vereinbarte Recht des Alleinverkaufs, oder eine Kundenschutzklausel in Wegfall kommt. Die Abweichungen von den Bedingungen des ur- Anm. 88.

Digitized by Google

§ 373. sprünglichen Kaufgeschäfts dürfen nicht so weit gehen, daß sie dem Verkäufer einen unbilligen Vorteil zuwenden (JW. 00, 665[22]) oder durch Hinzufügen von Beschränkungen hinsichtlich der Beschaffenheit der Ware den Preis drücken (RG. 19, 198; JW. 95, 540). Ausschluß der Gewährleistung für Güte und Beschaffenheit, die z. B. auch darin liegt, daß die Ware „wie beschaffen" versteigert wird (OLG. Marienwerder PostMSchr. 04, 43), ist unzulässig (RG. 19, 198; Bolze 22 Nr. 456), sollte auch der Gerichtsvollzieher dazu keinen Auftrag gehabt haben (§ 806 CPO.; JW. 02, 545[11]), oder im ursprünglichen Vertrag eine besondere Zusage nicht gemacht worden sein. Denn auch bei der öffentlichen Versteigerung hat der Verkäufer die Mängel der Sache zu vertreten und zwar die besonders zugesagten Eigenschaften und, falls es an einer besonderen Zusage fehlt, die gesetzlichen (JW. 02, 545[11]). Anders nur, wenn beim ursprünglichen Vertrag die Gewährleistung ausgeschlossen war (JW. 96, 431[8]); oder wenn ausnahmsweise durch Ausschluß der Gewährleistung die Interessen des Käufers nicht verletzt sind. Letzteres ist der Fall, wenn trotz des Ausschlusses das Urteil der Kaufliebhaber nicht ungünstig beeinflußt werden konnte, weil sie wußten, daß die Ware vertragsmäßige Beschaffenheit hatte, und der Erlös der damaligen Marktlage entsprach (RG. in Holdheim 14, 86). Daß der anwesende, säumige Käufer nicht gegen Formverstöße eingeschritten ist, macht regelmäßig nichts aus (JW. 84, 198[20]; unten Anm. 47). Anders liegt natürlich der Fall, wenn gar kein Selbsthilfeverkauf nach § 373, sondern ein solcher zum Zweck der Verwirklichung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung stattgefunden hat. Hier schadet der Ausschluß der Gewährleistung nur insofern, als dieser Umstand bei der Schadensschätzung mit in Betracht zu ziehen ist (RG. 57, 106; § 254 BGB., § 287 CPO.).

Anm. 39. *e*) Beim Verkauf mit Spezifikationsbefugnis (§ 375) darf der Verkäufer nicht die Bedingung aufnehmen, daß er das Recht habe, selbst zu spezifizieren (vgl. JW. 97, 114[22]; 99, 183[23]). Es würden dadurch die Rechte des Erstehers gegenüber dem § 375 unbillig erschwert. In dieser Abweichung von der gesetzlichen Regel läge eine ungewöhnliche Schärfe, und könnten dadurch sehr wohl Liebhaber vom Bieten abgehalten werden.

Anm. 40. d) Gegenstände, die kraft gesetzlichen Verbots nicht veräußert werden dürfen, z. B. verfälschter Wein (OLG. Darmstadt, HessRsp. 5, 72), unterliegen auch nicht dem Selbsthilfeverkauf. Über patentierte Ware siehe Ex. vor § 373 Anm. 5.

Anm. 41. e) **Wo erfolgt der Selbsthilfeverkauf?** Es ist hier nicht, wie nach § 383 BGB. bestimmt, daß der Verkauf gerade am Leistungsorte, d. h. am Erfüllungsorte erfolgen muß, und nur, wenn ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, am anderen Orte. Es ist daher von den Grundsätzen, die von der Rechtsprechung aufgestellt wurden, auszugehen. Sie gehen zunächst dahin, daß der Verkäufer bei der Ortswahl nicht willkürlich verfahren, das Interesse des Käufers nicht aus den Augen setzen, nicht mit der Ware spekulieren, insbesondere aber nicht unnötige Kosten für den Käufer herbeiführen darf (RG. 15, 3; JW. 01, 617[6]). Danach ist regelmäßig dort zu verkaufen, wo sich die Ware zur Zeit der Annahmeweigerung befindet: also am Absendungsort, wenn der Käufer vor Absendung der Ware die Annahme verweigert hat (oben Anm. 13; RG. 15, 3; JW. 01, 756[16]). Hat der Käufer sich nicht derart geweigert, so ist regelmäßig der Bestimmungsort der Verkaufsort (ROHG. 16, 425; Bolze 2 Nr. 1007). Zahlreiche Umstände der verschiedensten Art können jedoch die Wahl eines andern Ortes als geboten oder doch zulässig erscheinen lassen (JW. 01, 617[6]). Es ist daher in jedem einzelnen Falle zu erwägen, ob nicht ein gutgläubiger Kaufmann den Verkauf an einem andern Orte nicht nur als den geeigneteren, sondern als einen gleichgeeigneten ansehen durfte (JW. 05, 538[25]; a. M. 6./7. Aufl.). Im ganzen genommen, ist die Frage nach dem Ort des Selbsthilfeverkaufs eine Zweckmäßigkeitsfrage, die sich nach den Verkehrsbedürfnissen und den billig zu würdigenden Interessen des Säumigen beantwortet (vgl. RG. in Holdheim 04, 229). So kann der Wohnort des Verkäufers ein zulässiger Verkaufsort sein, wenn daselbst gleichgünstige Erfolge zu erzielen waren, wie am Absendungs-, Ablade-, Erfüllungs- oder Bestimmungsort. Doch darf keine willkürliche Auswahl stattfinden. So kann es im Interesse des Käufers

Digitized by Google

liegen, an einem andern Orte zu verkaufen, insbesondere wenn an dem gehörigen Verkaufsorte kein Markt für die Ware besteht (RG. 15, 3; ROHG. 14, 422; RG. 5, 67; Bolze 3 Nr. 701 — bei cif-Verkäufen wird ein Abgehen von dem Orte, wo sich die Ware befindet, ohnehin oft geboten sein; JW. 01, 756[16]), oder wenn die Weiterversendung einen besseren Preis erzielen läßt (OLG. Hamburg, OLGR. 3, 81). Ohne triftigen Grund darf der Verkäufer aber einen anderen Ort nicht wählen, und wenn er es dennoch tut, so ist der Verkauf dem Käufer gegenüber unwirksam (RG. in Holdheim 04, 229; Bolze 13 Nr. 441: in Morgenroth in Oberschlesien war zu erfüllen, ohne jeden Grund hatte der Verkäufer die Kohle nach Berlin, dem Wohnsitze des Käufers, schaffen und hier verkaufen lassen, was für unzulässig erklärt ist; ebenso OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1570; Bolze 14 Nr. 421: auf einer Zeche bei Essen war abzunehmen, da die Zeche die Lagerung weigerte, so hätte der Verkauf im nahen Essen erfolgen müssen, statt dessen schaffte der Verkäufer die Ware nach Kalk, weshalb die Klage auf die Differenz abgewiesen wurde; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 820: selbst bei grundloser Annahmeweigerung ist der Verkäufer nicht berechtigt, die Ware eigenmächtig nach dem Orte ihrer Herkunft zurücktransportieren und dort versteigern zu lassen). Nach dem Gesagten kann der Verkäufer gegebenenfalls auch *unterwegs* den Selbsthilfeverkauf veranlassen, unter Umständen wird dies sogar geboten sein (ROHG. 13, 58), z. B. wenn der Käufer die Ware unterwegs besichtigt, und sie nicht annehmen zu wollen erklärt (ROHG. 14, 422), oder wenn die Ware im Ausland sich befindet (RG. 15, 4; JW. 03, 184[47]). Wenn schwimmende Ware nicht angenommen wird, kann unter Umständen das Konnossement versteigert werden (oben Anm. 35). § 373.

Die Versteigerung muß nicht unbedingt dort vorgenommen werden, wo sich die Ware befindet. Es würden sonst unter Umständen unnötige Transportkosten erwachsen. Wenn z. B. die Ware in einem kleinen Orte mit Bahnverbindung liegt, der geeignete Versteigerungsort aber ein etwas entfernter Handelsplatz ist, so braucht die Ware nicht dorthin geschafft zu werden. In den Versteigerungsbedingungen kann die Besichtigung am Lagerungsorte verlangt werden (vgl. RG. 5, 67).

f) **Die Zeit des Selbsthilfeverkaufs.** Zuerst muß natürlich der Abnahmetermin vorüber sein. Anm. 42.
Denn eher kommt der Käufer mit der Annahme nicht in Verzug, selbst wenn er vorher erklärt hat, er werde nicht abnehmen, oder er trete vom Vertrage zurück, oder er annulliere das Geschäft (ROHG. 10, 282; oben Anm. 13 und 36). Nach Eintritt des Verzuges aber kann grundsätzlich der Verkäufer die Zeit wählen und zwar so, wie es seinen Interessen am zweckmäßigsten erscheint. Durch das entgegengesetzte Interesse des Käufers ist er nicht beschränkt (32, 63; 36, 87; Holdheim 14, 218; RG. 41, 63). Solange der Käufer mit der Empfangnahme im Verzuge ist, kann der Verkäufer sich jederzeit zum Verkauf der Ware entschließen (ROHG. 9, 84 u. 118). In Bolze 4 Nr. 723 und Holdheim 15, 276 wurde ein Selbsthilfeverkauf nach 2 Jahren für rechtsgültig erachtet. Das Reichsgericht fügt dem hinzu, daß der Verkäufer aber nicht zum Zwecke absichtlicher Schädigung des Käufers den Verkaufstermin hinausschieben darf (ROHG. 21, 158; Bolze 9 Nr. 395; RG. 41, 64). Dem steht grobe Fahrlässigkeit gleich (RG. 36, 89; Bolze 14 Nr. 441; JW. 92, 241[18]: Verkäufer hatte die Ware 5 Jahre liegen lassen, inzwischen sind große Lagerspesen erwachsen, veränderte Konjunkturen eingetreten). Der Verkäufer haftet also hinsichtlich der Zeit des Verkaufs nur für wissentliche Schädigung und grobe Fahrlässigkeit (RG. 57, 107). Es geht zu weit, wenn Gareis-Fuchsberger (Note 69) und Willenbücher (Art. 343 Anm. 16) den Verkäufer schon dafür verantwortlich machen, daß er in einer „offenbar vorübergehenden Baisse" verkaufte (RG. 32, 65). Das wird sich einer Kursströmung wohl kaum ansehen lassen, ob sie vorübergeht. Durch eine *Klage auf Abnahme* begibt sich der Verkäufer des Rechtes auf Selbsthilfeverkauf nicht (ROHG. 23, 190), selbst wenn ein Urteil auf Abnahme ergeht (Bolze 10 Nr. 468), auch nicht durch erfolgte Niederlegung (vgl. oben Anm. 23 u. 27). Aber übermäßige Verzögerung des Selbsthilfeverkaufs kann unter besonderen Umständen als Verzicht angesehen werden (ROHG. 23, 83; RG. 32, 17; JW. 90, 43[10]; 96, 153[37]; vgl. Exk. zu § 374

Digitized by Google

§ 373. sprünglichen Kaufgeschäfts dürfen nicht so weit gehen, daß sie dem Verkäufer einen unbilligen Vorteil zuwenden (JW. 00, 665[22]) oder durch Hinzufügen von Beschränkungen hinsichtlich der Beschaffenheit der Ware den Preis drücken (RG. 19, 198; JW. 95, 540). Ausschluß der Gewährleistung für Güte und Beschaffenheit, die z. B. auch darin liegt, daß die Ware „wie beschaffen" versteigert wird (OLG. Marienwerder PostMSchr. 04, 43), ist unzulässig (RG. 19, 198; Bolze 22 Nr. 456), sollte auch der Gerichtsvollzieher dazu keinen Auftrag gehabt haben (§ 806 CPO.; JW. 02, 545[11]), oder im ursprünglichen Vertrag eine besondere Zusage nicht gemacht worden sein. Denn auch bei der öffentlichen Versteigerung hat der Verkäufer die Mängel der Sache zu vertreten und zwar die besonders zugesagten Eigenschaften und, falls es an einer besonderen Zusage fehlt, die gesetzlichen (JW. 02, 545[11]). Anders nur, wenn beim ursprünglichen Vertrag die Gewährleistung ausgeschlossen war (JW. 96, 431[5]); oder wenn ausnahmsweise durch Ausschluß der Gewährleistung die Interessen des Käufers nicht verletzt sind. Letzteres ist der Fall, wenn trotz des Ausschlusses das Urteil der Kaufliebhaber nicht ungünstig beeinflußt werden konnte, weil sie wußten, daß die Ware vertragsmäßige Beschaffenheit hatte, und der Erlös der damaligen Marktlage entsprach (RG. in Holdheim 14, 86). Daß der anwesende, säumige Käufer nicht gegen Formverstöße eingeschritten ist, macht regelmäßig nichts aus (JW. 84, 198[20]; unten Anm. 47). Anders liegt natürlich der Fall, wenn gar kein Selbsthilfeverkauf nach § 373, sondern ein solcher zum Zweck der Verwirklichung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung stattgefunden hat. Hier schadet der Ausschluß der Gewährleistung nur insofern, als dieser Umstand bei der Schadensschätzung mit in Betracht zu ziehen ist (RG. 57, 106; § 254 BGB., § 287 CPO.).

Anm. 39. ε) Beim Verkauf mit Spezifikationsbefugnis (§ 375) darf der Verkäufer nicht die Bedingung aufnehmen, daß er das Recht habe, selbst zu spezifizieren (vgl. JW. 97, 114[22]; 99, 183[23]). Es würden dadurch die Rechte des Erstehers gegenüber dem § 375 unbillig erschwert. In dieser Abweichung von der gesetzlichen Regel läge eine ungewöhnliche Schärfe, und könnten dadurch sehr wohl Liebhaber vom Bieten abgehalten werden.

Anm. 40. d) Gegenstände, die kraft gesetzlichen Verbots nicht veräußert werden dürfen, z. B. verfälschter Wein (OLG. Darmstadt, HessRsp. 5, 72), unterliegen auch nicht dem Selbsthilfeverkauf. Über patentierte Ware siehe Ext. vor § 373 Anm. 5.

Anm. 41. e) **Wo erfolgt der Selbsthilfeverkauf?** Es ist hier nicht, wie nach § 383 BGB. bestimmt, daß der Verkauf gerade am Leistungsorte, d. h. am Erfüllungsorte erfolgen muß, und nur, wenn ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, am anderen Orte. Es ist daher von den Grundsätzen, die von der Rechtsprechung aufgestellt wurden, auszugehen. Sie gehen zunächst dahin, daß der Verkäufer bei der Ortswahl nicht willkürlich verfahren, das Interesse des Käufers nicht aus den Augen setzen, nicht mit der Ware spekulieren, insbesondere aber nicht unnötige Kosten für den Käufer herbeiführen darf (RG. 15, 3; JW. 01, 617[6]). Danach ist regelmäßig dort zu verkaufen, wo sich die Ware zur Zeit der Annahmeweigerung befindet: also am Absendungsort, wenn der Käufer vor Absendung der Ware die Annahme verweigert hat (oben Anm. 13; RG. 15, 3; JW. 01, 756[16]). Hat der Käufer sich nicht derart geweigert, so ist regelmäßig der Bestimmungsort der Verkaufsort (ROHG. 16, 425; Bolze 2 Nr. 1007). Zahlreiche Umstände der verschiedensten Art können jedoch die Wahl eines andern Ortes als geboten oder doch zulässig erscheinen lassen (JW. 01, 617[6]). Es ist daher in jedem einzelnen Falle zu erwägen, ob nicht ein gutgläubiger Kaufmann den Verkauf an einem andern Orte nicht nur als den geeigneteren, sondern als einen gleichgeeigneten ansehen durfte (JW. 05, 538[28]; a. M. 6./7. Aufl.). Im ganzen genommen, ist die Frage nach dem Ort des Selbsthilfeverkaufs eine Zweckmäßigkeitsfrage, die sich nach den Verkehrsbedürfnissen und den billig zu würdigenden Interessen des Säumigen beantwortet (vgl. RG. in Holdheim 04, 229). So kann der Wohnort des Verkäufers ein zulässiger Verkaufsort sein, wenn daselbst gleichgünstige Erfolge zu erzielen waren, wie am Absendungs-, Ablade-, Erfüllungs- oder Bestimmungsort. Doch darf keine willkürliche Auswahl stattfinden. So kann es im Interesse des Käufers

Digitized by Google

liegen, an einem andern Orte zu verkaufen, insbesondere wenn an dem gehörigen Verkaufsorte kein Markt für die Ware besteht (RG. 15, 3; ROHG. 14, 422; RG. 5, 67; Bolze 3 Nr. 701 — bei cif-Verkäufen wird ein Abgehen von dem Orte, wo sich die Ware befindet, ohnehin oft geboten sein; JW. 01, 756[16]), oder wenn die Weiterversendung einen besseren Preis erzielen läßt (OLG. Hamburg, OLGR. 3, 81). Ohne triftigen Grund darf der Verkäufer aber einen anderen Ort nicht wählen, und wenn er es dennoch tut, so ist der Verkauf dem Käufer gegenüber unwirksam (RG. in Holdheim 04, 229; Bolze 13 Nr. 441: in Morgenroth in Oberschlesien war zu erfüllen, ohne jeden Grund hatte der Verkäufer die Kohle nach Berlin, dem Wohnsitze des Käufers, schaffen und hier verkaufen lassen, was für unzulässig erklärt ist; ebenso OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1570; Bolze 14 Nr. 421: auf einer Zeche bei Essen war abzunehmen, da die Zeche die Lagerung weigerte, so hätte der Verkauf im nahen Essen erfolgen müssen, statt dessen schaffte der Verkäufer die Ware nach Kalk, weshalb die Klage auf die Differenz abgewiesen wurde; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 820: selbst bei grundloser Annahmeweigerung ist der Verkäufer nicht berechtigt, die Ware eigenmächtig nach dem Orte ihrer Herkunft zurücktransportieren und dort versteigern zu lassen). Nach dem Gesagten kann der Verkäufer gegebenenfalls auch *unterwegs* den Selbsthilfeverkauf veranlassen, unter Umständen wird dies sogar geboten sein (ROHG. 13, 58), z. B. wenn der Käufer die Ware unterwegs besichtigt, und sie nicht annehmen zu wollen erklärt (ROHG. 14, 422), oder wenn die Ware im Ausland sich befindet (RG. 15, 4; JW. 03, 184[42]). Wenn schwimmende Ware nicht angenommen wird, kann unter Umständen das Konnossement versteigert werden (oben Anm. 35). § 373.

Die Versteigerung muß nicht unbedingt dort vorgenommen werden, wo sich die Ware befindet. Es würden sonst unter Umständen unnötige Transportkosten erwachsen. Wenn z. B. die Ware in einem kleinen Orte mit Bahnverbindung liegt, der geeignete Versteigerungsort aber ein etwas entfernter Handelsplatz ist, so braucht die Ware nicht dorthin geschafft zu werden. In den Versteigerungsbedingungen kann die Besichtigung am Lagerungsorte verlangt werden (vgl. RG. 5, 67).

f) **Die Zeit des Selbsthilfeverkaufs.** Zuerst muß natürlich der Abnahmetermin vorüber sein. Anm. 42.
Denn eher kommt der Käufer mit der Annahme nicht in Verzug, selbst wenn er vorher erklärt hat, er werde nicht abnehmen, oder er trete vom Vertrage zurück, oder er annulliere das Geschäft (ROHG. 10, 282; oben Anm. 13 und 36). Nach Eintritt des Verzuges aber kann grundsätzlich der Verkäufer die Zeit wählen und zwar so, wie es seinen Interessen am zweckmäßigsten erscheint. Durch das entgegengesetzte Interesse des Käufers ist er nicht beschränkt (32, 63; 36, 87; Holdheim 14, 218; RG. 41, 63). Solange der Käufer mit der Empfangnahme im Verzuge ist, kann der Verkäufer sich jederzeit zum Verkauf der Ware entschließen (ROHG. 9, 84 u. 118). In Bolze 4 Nr. 723 und Holdheim 15, 276 wurde ein Selbsthilfeverkauf nach 2 Jahren für rechtsgültig erachtet. Das Reichsgericht fügt dem hinzu, daß der Verkäufer aber nicht zum Zwecke absichtlicher Schädigung des Käufers den Verkaufstermin hinausschieben darf (ROHG. 21, 158; Bolze 9 Nr. 395; RG. 41, 64). Dem steht grobe Fahrlässigkeit gleich (RG. 36, 89; Bolze 14 Nr. 441; JW. 92, 241[18]: Verkäufer hatte die Ware 5 Jahre liegen lassen, inzwischen sind große Lagerspesen erwachsen, veränderte Konjunkturen eingetreten). Der Verkäufer haftet also hinsichtlich der Zeit des Verkaufs nur für wissentliche Schädigung und grobe Fahrlässigkeit (RG. 57, 107). Es geht zu weit, wenn Gareis-Fuchsberger (Note 69) und Willenbücher (Art. 343 Anm. 16) den Verkäufer schon dafür verantwortlich machen, daß er in einer „offenbar vorübergehenden Baisse" verkaufte (RG. 32, 65). Das wird sich einer Kursströmung wohl kaum ansehen lassen, ob sie vorübergeht. Durch eine *Klage auf Abnahme* begibt sich der Verkäufer des Rechtes auf Selbsthilfeverkauf nicht (ROHG. 23, 190), selbst wenn ein Urteil auf Abnahme ergeht (Bolze 10 Nr. 468), auch nicht durch erfolgte Niederlegung (vgl. oben Anm. 23 u. 27). Aber übermäßige Verzögerung des Selbsthilfeverkaufs kann unter besonderen Umständen als Verzicht angesehen werden (ROHG. 23, 83; RG. 32, 17; JW. 90, 43[10]; 96, 153[37]; vgl. Exk. zu § 374

Digitized by Google

§ 373. Anm. 147). Steht einmal solche gröbliche Mißachtung der Interessen des Käufers fest, so kommt es nicht mehr darauf an, ob ein früherer Verkauf kein besseres Ergebnis gehabt hätte (RG. 36, 90). Auf jeden Fall darf der Käufer, wenn der Verkäufer ihm mitgeteilt hat, daß er sich für den Selbsthilfeverkauf entschlossen habe, davon ausgehen, daß er nunmehr ohne ungebührliche Verzögerung erfolgen werde; eine gleichwohl eintretende ungebührliche Verzögerung bewirkt, daß der Käufer den Selbsthilfeverkauf nicht gegen sich gelten zu lassen braucht (RG. 36, 90; 41, 64).

Anm. 43. g) **Daß der Selbsthilfeverkauf ordnungsmäßig erfolgt ist, hat der Verkäufer zu beweisen.** Über die Ordnungsmäßigkeit entscheidet der Ort der Vornahme (JW. 03, 184).

Anm. 44. h) **Welches ist die Folge, wenn der Selbsthilfeverkauf nicht ordnungsmäßig erfolgt ist?** Der Selbsthilfeverkauf ist dann gesetzlich unzulässig, und der Käufer braucht ihn nicht gegen sich gelten zu lassen. Aber auch der Verkäufer nicht. Hierüber und, wie es sich verhält, wenn der Selbsthilfeverkauf bei fehlendem Annahmeverzug stattgefunden hat, siehe oben Anm. 20 und 18.

Anm. 45. Ist es dem Verkäufer unmöglich, die gesetzlichen Formen zu beobachten, so folgt daraus, daß die Befugnisse des § 373 nicht ausgeübt werden können, nicht, daß er sich über diese Form hinwegsetzen kann.

Anm. 46. Hat, um ein Beispiel von Unzulässigkeit zu geben, der Verkäufer einen freihändigen Verkauf ohne amtliche Personen selbst unter der Hand bewirkt, so gilt dieser Verkauf dem Käufer gegenüber nicht, selbst wenn dabei ein höherer Preis erzielt ist, selbst wenn sich der Käufer etwa durch Mitbieten dabei beteiligt hat (ROHG. 19, 92; 20, 24; vgl. oben Anm. 25). Aber auch dem Verkäufer gegenüber gilt ein freihändiger Verkauf nicht, und er kann, wenn er noch die Ware, auf die der Käufer einen Anspruch hat, zum Verkauf stellen kann, nunmehr den Selbsthilfeverkauf vornehmen (RG. 41, 63). Handelt es sich um eine bestimmte Sache, so ist er nur dann in dieser Lage, wenn er die Sache selbst ersteigert oder sie so versteigert hat, daß er sie wiedererlangen kann. Handelte es sich um Gattungsware, so ist jedenfalls durch Angebot und Versteigerung das Schuldverhältnis auf diese bestimmte Sache beschränkt worden (hierüber Erk. vor § 373 Anm. 70). Trotzdem kann der Verkäufer mit Sachen gleicher Art und Güte einen zweiten Selbsthilfeverkauf mit der gehörigen Wirkung vornehmen, wenn der in Annahmeverzug befindliche Käufer nicht ein besonderes Interesse daran hatte, gerade die versteigerte, vom Verkäufer nicht mehr zu beschaffende Ware zu erhalten (RG. 32, 61; Näheres hierüber Erk. vor § 373 Anm. 70 und oben Anm. 20). Der Käufer, der einem solchen zweiten Verkauf widersprechen wollte, würde gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen (§ 242 BGB.). Darüber, wie es sich verhält, wenn ein Selbsthilfeverkauf ohne Annahmeverzug stattgefunden, siehe oben Anm. 18. Hat der Verkäufer in der (irrigen) Meinung, einen ungültigen Selbsthilfeverkauf vorgenommen zu haben, einen zweiten ordnungswidrigen Selbsthilfeverkauf vorgenommen, so kann er auf den ersten Selbsthilfeverkauf zurückgreifen, wenn in der Vornahme des zweiten Verkaufs nicht ein Verzicht auf die Rechte aus dem ersten Verkauf zu erblicken ist.

Anm. 47. Einen formell ungültigen Verkauf braucht der Käufer überhaupt auch dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er gegen ihn keinen Einspruch erhoben hat. Er verliert also dadurch nicht das Recht, die Mängel des Selbsthilfeverkaufs zu rügen, daß er beobachtet hat, wie er fehlerhaft vor sich ging, und sich nicht eingemischt hat (RG. Gruch. 28, 1066; und SeuffA. 50 Nr. 196; Bolze 20 Nr. 505; 21 Nr. 484). Aber unter Umständen kann in dem Verhalten des Käufers zu den Abweichungen ein stillschweigendes Einverständnis erblickt werden (ROHG. 19, 92). Der Parteiwille ist in der Wahl der Form frei (ROHG. 19, 92; 20, 24), wie überhaupt die Parteien vereinbaren können, daß der Verkauf in anderer Form erfolgt, als das HGB. dies vorschreibt (Bolze 1 Nr. 1028); z. B. freihändig (Bolze 16 Nr. 428; Näheres oben Anm. 22). Unter Umständen kann sogar in dem Schweigen auf die Ankündigung des freihändigen Verkaufs eine Zustimmung

Digitized by Google

zu diesem liegen (Bolze 11 Nr. 390). Auch ein Mitverschulden des Käufers kann angenommen werden, wenn er sich gar nicht um die Ware kümmert (oben Anm. 25). **§ 373.**

Überhaupt aber ist hier nochmals zu betonen, daß unser § 373 nur dann Platz greift, wenn der Verkäufer die Folgen des Annahmeverzugs des Käufers ziehen will. Stellt er sich auf den Standpunkt, daß der Käufer im Abnahmeverzuge, also im Schuldnerverzuge ist, so greifen andere Regeln Platz (siehe oben Einl. und § 374 Anm. 5), und ebenso greifen andere Regeln Platz, wenn der Käufer gleichzeitig im Zahlungsverzuge ist (siehe oben Einl. und Anm. 21, 27, 38 und unten Anm. 51). Ein nicht ordnungsmäßiger Verkauf wird also häufig keine nachteiligen Folgen für den Verkäufer haben, weil meistens gleichzeitig Zahlungsverzug vorliegen wird, und in diesem Falle die strengen Formvorschriften für den Selbsthilfeverkauf nicht Platz greifen. Über den Abnahmeverzug siehe Exk. vor § 373 Anm. 67 ff. und § 374 Anm. 5). Anm. 48.

i) **Dem Verkauf muß, wenn es sich um Versteigerungen handelt, eine Benachrichtigung des Käufers von Zeit und Ort der Versteigerung vorangehen.** Diese Benachrichtigung kann mit der Androhung nach Abs. 2 verbunden werden; aber ihr Unterbleiben hat nur Schadensersatz, nicht Unwirksamkeit des Verkaufs zur Folge (oben Anm. 31). Die Benachrichtigung erfolgt formlos und läuft, wenn sie schriftlich geschieht, auf Gefahr des Adressaten (oben Anm. 31). Sie ist keine empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Benachrichtigung kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist (oben Anm. 32). Öffentliche Zustellung (§ 132 Abs. 2 BGB.) wird höchst selten in Frage kommen. Immer muß mit gehöriger Sorgfalt verfahren werden (JW. 01, 10; OLG. Hamburg OLGR. 06, 469). Anm. 49.

k) **Dem Verkauf muß bei jeder Art des Verkaufs die Benachrichtigung vom vollzogenen Verkauf nachfolgen,** und zwar unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung (§ 121 Abs. 2 BGB.). Im Falle der Unterlassung ist der Verkäufer zum Schadensersatze verpflichtet. Die Wirksamkeit des Verkaufs wird aber nicht beeinträchtigt. Die Benachrichtigung erfolgt formlos und läuft, wenn sie schriftlich geschieht, auf Gefahr des Käufers. Die Benachrichtigung kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist (hierüber oben Anm. 31 u. 32). Anm. 50.

l) **Der Selbsthilfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers** (Abs. 3). Anm. 51.

α) Für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt der Selbsthilfeverkauf, d. h. der Verkäufer verlangt Erfüllung infolge Gläubigerverzugs (oben Einl.) in der Weise, daß er die Ware für Rechnung des Käufers veräußert, mit dem Reinerlös den fälligen Kaufpreis deckt und den Ausfall als Kaufpreisrest vom Käufer einfordert (RG. 41, 64). Das Wesen des Anspruchs als eines Erfüllungsanspruchs wird verwischt, wenn man (mit ROHG. 9, 118; 16, 315; RG. 29, 63; JW. 94, 283[15]) annimmt, es handle sich um eine inhaltlich umgewandelte Leistung, nämlich um Gewährung eines Schadensersatzes in Gestalt einer Ersatzleistung oder um den Ersatz eines Interesses, nicht mehr aber um den ursprünglichen Erfüllungsanspruch (zweifelnd JW. 01, 846[29]). Gerade dadurch, daß der ursprüngliche Anspruch bestehen bleibt und eine wirkliche Zahlung (nicht eine Aufrechnung, wie RG. 5, 65 annimmt) erfolgt, unterscheidet sich der Anspruch aus § 373 Abs. 3 vom Schadensersatz wegen Nichterfüllung (RG. 57, 106; vgl. oben Einl. und Anm. 21, 27, 38). Aus demselben Grunde kommt dem Käufer im Falle des § 373 der höhere Erlös zugute und muß ihm der Überschuß herausbezahlt werden (RG. 5, 65); im Gegensatz zum Verkauf, durch den der Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwirklicht wird (RG. 53, 13; 57, 106). Der Anspruch aus § 373 verträgt sich so wenig mit dem Anspruch auf Zahlung des Unterschieds, der sich bei einem Deckungsverkauf zur Feststellung des Schadens wegen Nichterfüllung ergeben hat, daß nicht zugleich auf beide die Klage gestellt werden kann (RG. in Holdheim 15, 278; nur fürsorglich ist es möglich, den Antrag aus § 373 demjenigen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nachfolgen zu lassen; RG. 57, 107; s. Exk. zu § 374 Anm. 108). Der Übergang von dem einen Anspruch, der ja Erfüllung verlangt, auf den andern, der gerade die Erfüllung ausschließt, würde eine Klageänderung bedeuten (RG. in Holdheim 15, 166), und ist für die Klage aus § 373 das Gericht des Ortes zu-

Digitized by Google

§ 373. ständig, an dem der Kaufpreis zu zahlen ist (RG. in Holdheim 05, 80). Aus dieser Erörterung folgt, daß die vom Verkäufer an den Käufer gerichtete Aufforderung, binnen bestimmter Frist die Ware abzunehmen, widrigenfalls sie für Rechnung des Käufers versteigert und dieser auf den Ausfall verklagt werde, keine Erklärung nach § 326 BGB., sondern nur eine verschärfte Mahnung und Androhung nach § 373 Abs. 2 enthält, und der Verkäufer an diese Erklärung nicht gebunden ist (RG. Holdheim 04, 299; LZ. 07, 50[9]; a. M. OLG. Marienwerder SeuffA. 60 Nr. 71).

Anm. 52. β) Ist der Kaufpreis noch nicht fällig, so muß der Verkäufer den Erlös regelmäßig an den Käufer herausgeben; denn ein Zurückbehaltungsrecht setzt einen fälligen Anspruch voraus (§ 273 BGB., § 369 Anm. 1 u. 8; vgl. Exk. zu § 374 Anm. 36 ff. u. 76). Auch bei Sukzessivlieferungen werden die künftigen Raten nicht durch den Annahmeverzug mit einer Rate fällig (oben Anm. 14 u. 36). Daher wird auch deren Kaufpreis nicht fällig. Dieses Ergebnis entspricht der Natur des hier gegebenen Rechtsbehelfs, der nur die Befreiung des Verkäufers von der Aufbewahrungspflicht durch Verkauf der Ware bezweckt. Will der Verkäufer den Kaufpreis nicht aushändigen, so kann er nach § 383 BGB. hinterlegen. Dazu gehört aber, daß den Erfordernissen des § 383 BGB. genügt ist; also insbesondere, daß am Erfüllungsort öffentlich versteigert worden ist; hierüber § 374 Anm. 3.

Anm. 53. γ) Auf Rechnung des säumigen Käufers geht auch ein Selbsthilfeverkauf, den nicht sein Verkäufer gegen ihn, sondern der Lieferant des Verkäufers gegen diesen vorgenommen hat, wenn der Verkäufer (als erster Käufer) seinem Lieferanten gegenüber in Annahmeverzug geraten ist und die Ware unter denselben Bedingungen dem zweiten Käufer weiterverkauft und dieser auf die Bedeutung des Selbsthilfeverkaufs hingewiesen war (RG. 29, 64).

Anm. 54. δ) Weil der Verkauf auf Rechnung des Käufers erfolgt, kann der Verkäufer, wenn er Kaufmann ist, auch Provision berechnen (vgl. Bolze 12 Nr. 474; § 354 Anm. 5).

§ 374.

§ 374. **Durch die Vorschriften des § 373 werden die Befugnisse nicht berührt, welche dem Verkäufer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zustehen, wenn der Käufer im Verzuge der Annahme ist.**

Lit.: Sohm, der Selbsthilfeverkauf nach BGB. und HGB. in ZHR. 53, 79.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph beläßt dem Verkäufer im Falle des Annahmeverzugs des Käufers auch die in diesem Falle nach BGB. zustehenden Rechte.** Die Vorschrift weicht von der früheren Rechtsprechung ab (RG. 5, 94).

Anm. 1. 1. **Der Verkäufer kann also nach seiner Wahl sich der Rechte des § 373 HGB. oder der Rechte nach dem BGB. bedienen.** Er mag wählen, welche Rechte ihm im einzelnen Falle günstiger erscheinen. Er kann auch, wenn das eine Recht ihm weitere Rechte gibt als das andere, die mehreren Rechte nebeneinander oder so ausüben, daß er fürsorglich, falls das eine Recht nicht begründet sein sollte, das andere geltend macht. Über das Wahlrecht siehe Näheres § 373 Anm. 23, 27, 42, 51. Er kann aber nicht aus § 374 gegen den im Annahmeverzug befindlichen Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 326 BGB.) herleiten (JW. 05, 640[7]). Denn § 374 verweist nur auf § 304 BGB. (Anm. 2) und auf § 383 BGB. (unten Anm. 3).

Anm. 2. 2. **In Betracht kommen insbesondere zwei Rechte, die das BGB. dem Schuldner gewährt, dessen Gläubiger sich im Annahmeverzuge befindet.**

a) Der Verkäufer kann den Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot und für die Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte (§ 304 BGB.). Die in diesem Paragraphen ausgesprochene Pflicht zur Erstattung der Kosten der Aufbewahrung ist im allgemeinen kein weitergehendes Recht

Digitized by Google

des BGB., weil es auch in § 373 Abs. 1 HGB. enthalten ist. Doch bezieht sich § 373 Abs. 1 HGB. nur auf die Kosten der Hinterlegung an dritter Stelle, während § 304 BGB. diesen engen Sinn nicht hat. Auf Grund des § 304 BGB. kann der Verkäufer die Ware auch in eigenen Räumen lagern und alsdann in den geeigneten Fällen, z. B. wenn er Kaufmann ist, auf Grund des § 354 HGB. Kostenersatz beanspruchen (RG. 45, 302). **§ 374.**

b) Der Verkäufer kann einen zur öffentlichen Hinterlegung nicht geeigneten Gegenstand öffentlich versteigern lassen und **den Erlös hinterlegen** (§ 383 BGB.). Über die in § 373 HGB. gewährten Rechte hinaus geht dies Recht deshalb, weil hier dem Verkäufer die Möglichkeit gewährt wird, den Erlös zu hinterlegen. Dadurch wird er in dem Falle, in dem der Kaufpreis noch nicht fällig ist, besser gestellt als nach § 373 HGB., nach dem der Verkauf einfach für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt, und deshalb der Verkaufserlös, wenn der Kaufpreis noch nicht fällig ist, dem Käufer auszuzahlen ist. Will also der Verkäufer zur Hinterlegung des Erlöses gelangen, so muß er den Weg des § 383 BGB. wählen. Er muß aber in diesem Falle am Erfüllungsorte die Versteigerung bewirken (vgl. JW. 05, 538), also dort, wo er, der Verkäufer, zu erfüllen hat; es handelt sich ja um die Leistung des Verkäufers, mit deren Annahme der Käufer als Gläubiger der Ware im Verzug ist. Nur wenn von der Versteigerung am Erfüllungsorte ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, ist die Ware am geeigneten anderen Orte zu versteigern. Befindet sich die Ware zur Zeit des Annahmeverzugs bereits auf dem Transporte, oder ist sie bereits am Wohnsitze des Käufers oder am Bestimmungsorte angekommen, so muß hiernach, um dem § 383 BGB. zu genügen, der Verkäufer die Ware an seinen Wohnsitz zurückkommen und dort versteigern lassen; denn die Versendungspflicht verändert ja den Leistungsort nicht (§ 269 Abs. 3 BGB.; Exk. zu § 372 Anm. 27, 31 und 46). Die Versteigerung muß eine öffentliche sein, also öffentlich durch eine öffentlich dazu angestellte Person. Zeit und Ort der Versteigerung sind öffentlich bekannt zu machen. Wenn diese Formen nicht erfüllt werden, so ist der Verkauf unwirksam (OLG. Dresden, OLGR. 7, 387). Folgen davon siehe § 373 Anm. 44 ff. Die Parteien können sich über die Formen vereinbaren (§ 373 Anm. 22). Anm. 3.

Statt zu hinterlegen, kann der Verkäufer den Erlös aber auf seine Kaufpreisforderung aufrechnen, wenn der Kaufpreis fällig ist und Zahlungsverzug vorliegt. Denn der Hinterlegung im Sinne des § 383 BGB. steht jede Handlung gleich, durch die der Erlös dem Gläubiger zugeführt wird, wie z. B. durch Zahlung (JW. 07, 75[4]).

Abs. 1. Nicht behandelt ist hier der Annahmeverzug des Verkäufers. Wie, wenn der Verkäufer sich weigert, den Kaufpreis anzunehmen? Hierüber gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Annahmeverzug des Gläubigers. Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges sind entsprechend wie beim Annahmeverzuge des Käufers: Verschulden ist nicht nötig, wohl aber ist im allgemeinen nötig tatsächliches Angebot, ausnahmsweise genügt auch wörtliches Angebot, manchmal ist auch dieses nicht erforderlich; immer aber ist nötig, daß der Käufer bereit und imstande ist, die Zahlung zu leisten (vgl. über alles dies § 373 Anm. 11). Die Wirkung des Annahmeverzugs des Verkäufers ist die, daß der Käufer den Kaufpreis hinterlegen darf (§ 372 BGB.). Er kann aber auch nach Hinterlegung oder ohne Hinterlegung auf Lieferung klagen (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 56 ff.). Anm. 4.

2. Nicht behandelt ist in den §§ 373 und 374 der Abnahmeverzug des Käufers. Es ist wohl zu unterscheiden zwischen dem **Annahmeverzug** und dem **Abnahmeverzug** des Käufers. Der Käufer ist berechtigt, die Ware zu fordern, ist insoweit Gläubiger hinsichtlich der Ware und als solcher verpflichtet, die Ware „anzunehmen"; er ist aber auch verpflichtet, die Ware „abzunehmen", und ist insoweit Schuldner hinsichtlich der Ware (RG. 56, 405; OLG. Stuttgart, OLGR. 6, 48; Jacobi in IheringsJ. 45, 283). Die Folgen seines Gläubigerverzuges sind in den §§ 373 und 374 geregelt, über die Folgen seines Schuldnerverzuges s. Exk. vor § 373 Anm. 37 ff. und Exk. zu § 374 Anm. 165 ff., insbesondere darüber, ob die Rechte des § 326 BGB. dabei Platz greifen. Anm. 5.

Digitized by Google

Exk. zu § 374.

Exkurs zu § 374.

Der Erfüllungsverzug des Käufers und des Verkäufers.

Lit.: Brückmann, Nachfrist bei Erfüllungsweigerung, DJZ. 02, 220; Dernburg, Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung, DJZ. 03, 1; Hachenburg, Der Verzug bei Sukzessivlieferungen, LZ. 07, 10; Jacobi, Zur Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrag, Gruch. 50, 230; Kipp, Das RG. und die positiven Vertragsverletzungen, DJZ. 03, 253; Krahmer, Die gegenseitigen Verträge, Halle 04; Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, ACivPr. 96, 60; Lesser, Das Rücktrittsrecht bei positiven VV., Breslau 06; Müller, Der Sukzessivlieferungsvertrag, Gruch. 50, 508; Müller-Erzbach, Über das Rücktrittsrecht bei Sukzessivlieferungsgeschäften usw., DJZ. 04, 1158; Niedner, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, DJZ. 01, 443; Paech, Der Leistungsverzug, Berlin 02; Romeick, Zur Technik des BGB. I Fristbestimmung, 01; Siber, Der Rechtszwang usw., Leipzig 03; Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 04; derf. in DJZ. 01, 478; Wehls, Das Recht des Rücktritts wegen Nichterfüllung gegenseitiger Verträge, ÖstGZ. 05, 96; Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse, ACivPr. 92, 1; Winter, Über das Recht zur Wandlung und Rücktrittsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag, Gruch. 48, 193. Weitere Lit. s. Exk. vor § 373.

A. Der Hauptfall: Der Verzug, ehe ein Teil erfüllt hat.

I. Die maßgebenden Gesetzesvorschriften.

Anm. 1. Es sind die §§ 286 Abs. 1, 326, 440 Abs. 1, 454 BGB. Sie lauten:

§ 286 Abs. 1 BGB.: Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen.

§ 326 BGB.: Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Theil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist theilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrags in Folge des Verzugs für den anderen Theil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.

§ 440 Abs. 1 BGB.: Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433 bis 437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327.

§ 454 BGB.: Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet, so steht ihm das im § 325 Abs. 2 und im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu.

II. Das dreifache Wahlrecht des nichtsäumigen Teils.

Anm. 2. Die Art. 354—356 HGB. gaben im Falle des Verzugs des Verkäufers oder Käufers dem nichtsäumigen Teil ein dreifaches Wahlrecht. Dies ist mit Änderungen beibehalten. Das neue HGB. bestimmt zwar darüber nichts; vielmehr ist die das dreifache Wahlrecht gewährende Vorschrift im BGB. allgemein für alle zweiseitigen Verträge gegeben, nämlich in den §§ 286 Abs. 1 und 326 BGB., welcher letztere in § 440 BGB. auf die Rechte des Käufers für anwendbar erklärt und in § 454 BGB. für den Verkäufer als anwendbar vorausgesetzt ist. Es gibt nun § 326 nur zwei Rechte zur Wahl: das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, und zwar so, daß nur das eine oder das andere dieser beiden Rechte gewählt werden kann; denn Rücktritt und

Digitized by Google

Schadensersatz wegen Nichterfüllung schließen sich gegenseitig begriffsmäßig aus (RG. 50, 262; 54, 100; 61, 130). Das dritte oder richtiger das erste und Hauptrecht auf Erfüllung besteht selbstverständlich daneben. Ebenso selbstverständlich besteht daneben das auf § 286 Abs. 1 BGB. beruhende Recht auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Die Rechtslage des nichtsäumigen Teiles läuft also auf ein dreifaches Wahlrecht hinaus, wie nach den Art. 354—356 HGB. Ein viertes Recht, das Recht auf Preisgebung der Kaufsache, kennt das Gesetz (§ 303 BGB.) nur beim Grundstückskauf und zwar zugunsten des Käufers. Abgesehen hiervon können aber Käufer und Verkäufer bei Verzug des Gegners in eine derartige Notlage geraten, daß ganz besonders geartete Umstände nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 242 BGB.) einen anderen Ausweg, als den der Preisgebung, ausschließen (RG. 60, 160: Der Verkäufer hatte zur Vermeidung größerer Nachteile angesichts der hartnäckigen Weigerung des Käufers die Kuxe der Gewerkschaft zur Verfügung gestellt). Exk. zu § 374.

Alle diese Rechte hat auch der Zessionar, wenn ihm gegenüber der Verzug eingetreten ist (vgl. RG. 55, 402). Denn er tritt nach § 398 BGB. an die Stelle des bisherigen Gläubigers (vgl. RG. 52, 184); es wäre denn, daß die Übertragung nach § 399 BGB. nicht zulässig gewesen wäre (RG. 64, 121) oder der neue Gläubiger nur in die Forderungsseite (vgl. RG. 51, 170; RG. in Gruch. 49, 906 und Exk. vor § 373 Anm. 41) eingetreten, der bisherige Gläubiger aber der Verpflichtete geblieben ist, und nunmehr der innere Zusammenhang der selbständigen Ausübung jener Rechte durch den Zessionar entgegensteht. Auch muß der Käufer die Vertragsleistung vom Zessionar des Verkäufers entgegennehmen, wenn diese Verbindlichkeit von dem Dritten in völlig vertragsmäßiger Weise erfüllt werden kann (RG. 6, 379; 11, 12). Der Zessionar kann auch selbständig klagen, doch bleiben dem debitor cessus die ursprünglichen Einreden aus der Person des Zedenten erhalten (RG. 11, 12 ff.; RG. im Recht 04, 601[2597]). Daß der debitor cessus die Gegenleistung aus einem gegenseitigen Vertrag nur gegen den Zedenten einklagen könnte (Dernburg II 1 § 136 III), ist nicht zuzugeben. Es kommt eben darauf an, ob der Zessionar auch in die Passivseite eingetreten ist.

Das dreifache Wahlrecht des Nichtsäumigen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auf Rücktritt und auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung ist nach vier Gesichtspunkten zu betrachten, und zwar: 1. die Voraussetzungen und der Inhalt des Wahlrechts im Falle des Verzuges des Käufers; 2. die Voraussetzungen und der Inhalt des Wahlrechts im Falle des Verzuges des Verkäufers; 3. die Ausübung des Wahlrechts in beiden Fällen; 4. die Wirkung der Ausübung des Wahlrechts in beiden Fällen.

Das vertragsmäßig ausbedungene Rücktrittsrecht wird hier nicht besonders behandelt. Seine Wirkungen sind dieselben wie die des in § 326 BGB. vorgesehenen gesetzlichen Rücktritts (§ 327 BGB. u. unten Anm. 35). Diese Wirkungen sind in den §§ 346—356 BGB. geordnet. Dies bedeutet: es bedarf der Rücktrittserklärung (§§ 349, 355 BGB.). Durch diese Rücktrittserklärung wird das Vertragsverhältnis rückwärts wieder aufgelöst, so daß die Herausgabe der beiderseitigen Leistungen nach Maßgabe der §§ 346 ff. BGB., also auch die Rückübertragung des Eigentums an den hingegebenen Sachen, zu erfolgen hat (RG. 50, 266; 52, 11; über die hierüber bestehenden gegenteiligen Meinungen s. Planck Vorbem. vor § 346). Es ist jeder Teil wirtschaftlich tunlichst in die gleiche Lage zu versetzen, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Das Rücktrittsrecht hat nur obligatorische Wirkung. Doch ist diese Regel dispositiver Natur. Die Parteien können auch bestimmen, daß der Rücktritt wie eine auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB.) wirken und demnach das Eigentum ohne weiteres zurückfallen soll (RG. 54, 340; vgl. auch § 366 Anm. 77, § 368 Anm. 95, 98 u. 103). Ebenso können die Parteien die Art der Auseinandersetzung frei bestimmen (s. JW. 05, 137[14]). Ebenso wie neben der Wandlung und dem gesetzlichen Rücktrittsrecht ist auch neben dem vertragsmäßigen Rücktrittsrecht ein Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhafter Vertragserfüllung nach § 276 BGB. zulässig (s. RG. in Holdheim 14, 223). Dem ver- Anm. 3.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. tragsmäßigen Rücktrittsrecht verwandt ist der Rücktritt wegen veränderter Umstände. Eine stillschweigende, einer Willenserklärung beigefügte Voraussetzung dieser Art gibt es nicht. Es muß die Voraussetzung in erkennbarer Weise zum Inhalt des Vertrags erhoben sein (RG. 62, 267; vgl. auch Exk. vor § 373 Anm. 39).

Anm. 4. Ferner wird hier die kassatorische Klausel, d. h. die dem Kaufvertrag beigefügte Vereinbarung, nicht behandelt, nach der Käufer oder Verkäufer für den Fall der Nichterfüllung seiner vertraglichen Pflichten seiner Rechte aus dem Kaufvertrag verlustig sein soll (§ 360 BGB.). Auch hierin liegt die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts. Ist der Rücktritt wirksam erklärt, so wird der Kaufvertrag unwirksam und der Schuldner zur Rückübertragung des Eigentums verpflichtet (Mot. III 421). Weiteres hierüber § 346 Anm. 17; § 348 Anm. 2; § 376 Anm. 4..

Anm. 5. Endlich bleiben die sog. Fixgeschäfte des täglichen Lebens d. h. die Geschäfte hier außer Betracht, welche die Befriedigung der täglichen Lebensbedürfnisse, also die Einkäufe bei Bäcker, Metzger, Schuhmacher usw. betreffen. Sie müssen sofort erfüllt werden, sonst gilt der Rücktritt als mit Recht erfolgt. Das ist stillschweigende Vereinbarung (hierüber Exk. zu § 359 Anm. 39). Wegen der in Exk. zu § 359 Anm. 4 erfolgten Verweisung siehe unten Anm. 8.

Anm. 6. **1. Die Voraussetzungen und der Inhalt des dreifachen Wahlrechts des Verkäufers im Falle des Verzuges des Käufers.**

a) Die Voraussetzungen des dreifachen Wahlrechts.

aa) Der Käufer ist mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge.

α) **Mit der Zahlung** muß der Käufer im Verzuge sein. Wenigstens ist dies der Fall, der hier vorausgesetzt und besprochen wird. Der Käufer hat ja allerdings noch eine andere Verpflichtung, nämlich die der Abnahme (§ 433 BGB.). Liegt Annahmeverzug oder Abnahmeverzug vor, so greifen andere Regeln Platz. Über den Annahmeverzug s. § 373, über den Abnahmeverzug Exk. vor § 373 Anm. 67ff. und unten Anm. 165. Annahme- oder Abnahmeverzug allein ohne gleichzeitigen Zahlungsverzug kann vorliegen, wenn der Kaufpreis gestundet oder schon im voraus bezahlt ist; sonst fällt Abnahmeverzug und Zahlungsverzug zusammen, und der Verkäufer kann die Rechte aus dem Annahmeverzuge und aus dem Zahlungsverzuge wahlweise geltend machen. Er kann also in diesem Falle auf Grund des Annahmeverzugs gemäß § 373 die Ware hinterlegen oder verkaufen lassen und auf Zahlung klagen, er kann aber auch auf Grund des Zahlungsverzuges eines der Rechte auf Grund des § 326 BGB. geltend machen (JW. 03 Beil. 79[180]; 05, 640[7]).

Anm. 7. *β*) **Im Verzuge** muß der Käufer sein, d. h. er muß die fällige Zahlung schuldhaft unterlassen haben.

αα) **Die fällige** Zahlung muß er unterlassen haben. Vor der Fälligkeit gibt es keinen Verzug. Auch wenn der Verpflichtete im voraus erklärt hat, er werde zur Verfallzeit nicht zahlen, ist der Kaufpreis dadurch nicht fällig, und der Käufer gerät dadurch nicht in Verzug (RGG. 20, 19); siehe jedoch unten Anm. 16.

Anm. 8. Wann der Kaufpreis fällig ist, s. Exk. zu § 372 Anm. 48ff. Eine besondere Erörterung ist hier nur nötig für die Fälle, in denen der Kaufpreis Zug um Zug gegen Lieferung der Ware zu zahlen ist. Hier wird der Kaufpreis sicherlich dann fällig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Ware derart tatsächlich anbietet, daß der Käufer Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises die Ware ausgeliefert erhalten kann. Allein der Kaufpreis wird nicht nur in diesem Falle fällig. Würde man ihn lediglich in diesem Falle fällig werden lassen, so würde dies zu unerhörten Belästigungen, zu Härten und Ungerechtigkeiten führen, die durch nichts gerechtfertigt sind und die der Gesetzgeber nicht wollte. So z. B. wenn der Käufer im voraus erklärte, er werde die Ware nicht abnehmen. Soll der Verkäufer in diesem Falle gleichwohl die Ware dem Käufer übersenden müssen? Oder wenn der Käufer die Sache beim Verkäufer abzuholen hatte. Soll in diesem Falle der

Digitized by Google

Kaufpreis nicht eher fällig werden, als bis der Verkäufer dem Käufer Gelegenheit gegeben hat, den Kaufpreis Zug um Zug gegen die Ware zu zahlen? Alles dies kann nicht gewollt sein. Den Willen des Gesetzes trifft man dann, wenn man sagt, daß bei Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten die Leistungspflicht des Teils fällig wird, an den die Gegenleistung bewirkt ist (um diesen Fall handelt es sich hier nicht), oder der mit der Annahme der Gegenleistung im Verzug ist: es genügt also, daß der Käufer mit der Annahme der Ware im Annahmeverzug ist. Der Verkäufer muß bereit sein, zur Übergabe der Ware mitzuwirken, z. B. die Einkaufspreise eines nach ihnen verkauften Warenlagers nachzuweisen. Der Verkäufer muß ferner bereit und imstande gewesen sein, die Ware zu liefern (§ 297 BGB. und zwar beim Sukzessivlieferungsvertrag zu den Zeiten, zu denen die einzelnen Raten zu liefern sind; ROHG. 20, 19; JW. 03, Beil. 79[160]). Diese Bereitschaft erfordert nicht mehr, als was zur Herstellung eines Annahmeverzugs des Käufers gehört (RG. 50, 260). Es gehört hierzu Anbieten der Ware am rechten Ort, zur rechten Zeit, in der rechten Art (§ 373 Anm. 14) und zwar regelmäßig tatsächliches Anbieten (§ 395 BGB.). Wörtliches Angebot genügt aber, wenn der Käufer erklärt hat, er werde die Ware nicht annehmen (JW. 02 Beil. 252[161]), oder wenn zur Lieferung der Ware eine Mitwirkung des Käufers erforderlich ist, insbesondere wenn er die Ware abzuholen (§ 295 BGB.), abzurufen (§ 373 Anm. 1) oder die Transportmittel zu stellen hat (RG. 50, 260) und diese Mitwirkung verweigert. Nicht einmal wörtliches Angebot ist nötig, wenn eine Mitwirkung des Käufers erforderlich und für diese ein Kalendertag bestimmt ist (über alle diese Fälle s. § 373 Anm. 11ff.; über andere Anschauungen in dieser Lehre s. unten Anm. 15), oder wenn der abrufpflichtige Käufer die Aufforderung zum Abruf nicht nur unbeachtet läßt, sondern auch noch die Annahme verweigert (§ 373 Anm. 13). Exk. zu § 374.

Die Zahlungspflicht hat in diesen Fällen aufgehört, eine nur Zug um Zug zu erfüllende Verbindlichkeit zu sein. Die Richtigkeit dieser Erwägungen wird auch dadurch nicht beeinträchtigt, daß, wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung verweigern kann, bis der andere Teil die Gegenleistung „bewirkt", und daß, solange der andere Teil die Gegenleistung nicht „bewirkt" hat, nur eine Verurteilung Zug um Zug erfolgen kann (§§ 320, 322 BGB.). Es ist zwar richtig, daß dieser Einwand und diese Verurteilung auch dann Platz greifen, wenn der Schuldner im Annahmeverzuge ist (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 79), und man könnte hieraus fast den Schluß ziehen, daß, solange die Gegenleistung nicht bewirkt ist, der Kaufpreis nicht fällig geworden ist; denn sonst könnte der Käufer ja, so ist man geneigt zu sagen, einfach zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt werden, wenn er mit der Annahme der Ware im Verzuge ist. Gleichwohl ist dieser Schluß nicht gerechtfertigt. Denn trotz jenes Einwandes und trotz jener Verurteilungsart kann, wenn der Käufer im Annahmeverzug ist, die Vollstreckung doch so erfolgen, als lautete das Urteil nicht auf Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Ware, als lautete es vielmehr einfach auf Zahlung (s. besonders § 322 BGB.). Es muß nur dem Gerichtsvollzieher nachgewiesen werden, daß der Käufer in Annahmeverzug gekommen ist, und sei es auch vor dem Urteil (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 79). Daraus ergibt sich, daß jener Einwand und jene Verurteilung nur prozessuale Formen sind, die an dem Satze nichts ändern, daß von zwei Verpflichtungen eines gegenseitigen Vertrages, die Zug um Zug zu erfüllen sind, eine jede dadurch fällig wird, daß der Verpflichtete mit der Annahme der ihm geschuldeten Leistung in Verzug gerät. Es ist bei dieser Rechtslage mit Vorsicht aufzunehmen, wenn Hölder (BGB. § 320 Anm. 1) sagt: „Auch der Umstand, daß der Schuldner in Annahmeverzug der Gegenleistung gekommen war, schließt das Recht, die von ihm geschuldete Leistung so lange zu verweigern, bis ihm die Gegenleistung von neuem offeriert wird, nicht aus. Die Folgen des Annahmeverzuges sind in den §§ 300—304 BGB. normiert, und darunter befindet sich nicht der Verlust des Rechts der Leistungsverweigerung." Prozessual hat er damit Recht. Deshalb ist bei Erörterung der prozessualen Frage die Sache in gleicher Weise dargestellt.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. Aber wenn, wie § 322 Abs. 3 BGB. klar ergibt, die Vollstreckung eines auf Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ergangenen Urteils im Falle des Annahmeverzugs „ohne Bewirkung der Gegenleistung" erfolgt, dann ist eben der im Annahmeverzuge befindliche Schuldner im letzten und praktischen Ende, in Wahrheit und materiell verpflichtet, zu leisten ohne Bewirkung der Gegenleistung. Diese Folge ist allerdings in den §§ 300—304 BGB. nicht ausgesprochen, aber aus § 322 Abs. 3 BGB. ergibt sie sich. Über das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 s. unten Anm. 36 u. 76.

Anm. 9. Der Kaufpreis wird hiernach (§ 373 Anm. 11—14) dann fällig, wenn der Verkäufer die Ware dem Käufer an dessen Wohnsitz übersendet und sie ihm dort zur Annahme Zug um Zug anbietet; ferner dann, wenn der Käufer im voraus erklärt, er werde die Ware nicht abnehmen, und der Verkäufer sie ihm wörtlich anbietet; ferner dann, wenn der Käufer bei der Erfüllung mitzuwirken, z. B. die Ware abzuholen oder eine Absendungsorder zu erteilen hat, und der Verkäufer ihm die Ware wörtlich anbietet oder ihn zu der ihm obliegenden Leistung vergeblich auffordert (vgl. § 373 Anm. 13); endlich dann, wenn der Käufer seine Mitwirkungshandlung an einem bestimmten Tage zu bewirken, z. B. die Ware an einem bestimmten Tage abzuholen hat und dies unterläßt.

Vom wörtlichen Angebot wird der Verkäufer dadurch nicht befreit, daß der Käufer sich ernstlich weigert, zu erfüllen. Nur für den Schuldnerverzug ist ausgesprochen, daß in solchem Falle der Verkäufer von Setzung einer Nachfrist befreit ist (RG. 51, 347; 52, 154; 53, 11). Aber dies gilt nicht für den hier in Rede stehenden Gläubigerverzug; für diesen gilt § 295 BGB. Die bestimmte Erfüllungsweigerung des Käufers berechtigt allerdings den Verkäufer schon jetzt, vor Verfall, zu erklären, daß, wenn der Käufer bei Verfall nicht leiste, er sich alsdann eine spätere Erfüllung nicht gefallen lasse und ohne Nachfristsetzung Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen werde (wegen positiver Vertragsverletzung s. unten Anm. 84 u. 86). Aber der Verkäufer muß das Seinige tun, um den Kaufpreis fällig zu machen, und dazu gehört eben bei Abnahmeverweigerung wörtliches Angebot der vorhandenen Ware. Hat der Käufer aber auf vergebliche Aufforderung zum Abruf die Annahme der Ware verweigert, so bedarf es keines weiteren (wörtlichen) Angebots mehr.

Anm. 10. Selbstverständlich ist, daß der Verkäufer in allen Fällen, in denen er die Ware nicht tatsächlich anbietet, auch imstande sein muß, die Ware zu liefern. Denn das gehört zum Annahmeverzug des Käufers, und dieser ist ja, wenn die Ware nicht geliefert wird, das mindeste, was zur Fälligkeit des Kaufpreises erforderlich ist. Er muß also, wenn der Käufer sich bestimmt weigert, die Ware anzunehmen und zu bezahlen, dennoch die Ware anfertigen oder anschaffen, um zur Zeit der Fälligkeit die Ware mindestens wörtlich anbieten zu können (oben Anm. 9 am Ende). Weigert der Käufer die Zahlung, weil der vorleistungspflichtige (z. B. der übersendungspflichtige) Verkäufer die Ware nicht bereit habe, so beurteilt es sich nach dem Recht des Erfüllungsortes des Käufers, ob er sich in Annahme-(Gläubiger-)verzug befunden hat. Denn es handelt sich um die Erfüllungspflicht (Zahlungspflicht) des Käufers. Über die Frage, wann anzunehmen ist, daß der Verkäufer imstande ist, die Ware zu liefern, insbesondere ob er die Ware im Besitze haben muß, und inwieweit es genügt, daß er sie von andern Personen zu fordern berechtigt ist, s. § 373 Anm. 15.

Der einmal entstandene Annahmeverzug des Käufers wird beim Gattungskauf nicht dadurch aufgehoben, daß der Verkäufer die Ware nach Nichtabnahme auf Lager zurücknimmt und anderweit verkauft, sofern in der Zurücknahme nicht ein Verzicht auf die bereits erworbenen Rechte liegt, und solange der Verkäufer gleichartige Ware jederzeit liefern kann (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 70 u. § 373 Anm. 20 u. 46).

Anm. 11. ββ) Die Zahlung muß er unterlassen haben, wenigstens bezieht sich auf diesen Fall nur unsere Erörterung. Über den Fall, daß der Käufer Sicherheit zu geben hat (Wechsel, Pfänder, Bürgen), und hiermit im Verzug ist s. unten Anm. 119. Ist der ganze Kaufpreis

Digitized by Google

fällig, und will der Käufer nur einen Teil zahlen, oder will er überhaupt weniger zahlen als fällig ist, so genügt dies als Voraussetzung des Verzugs. Denn Teilleistungen braucht sich der Gläubiger nicht gefallen zu lassen (§ 266 BGB.). Daher braucht der Verkäufer, obgleich die vorbehaltlose Annahme des Kaufpreises, ohne besondere Umstände, nicht einmal den Verzicht auf Verzugszinsen bedeutet (RG. 1, 21; 42, 124), den fälligen Kaufpreis nicht ohne die schuldigen Zinsen, aber auch nicht die fälligen Zinsen ohne den schuldigen Kaufpreis anzunehmen (so auch Hellmann KritVSch. 44, 118 gegen Dernburg II 1 § 18, 4). Wichtig wird der Grundsatz des § 266 BGB., wenn der Käufer aus irgendeinem Grunde einen Abzug macht, sei es, indem er Preisminderung geltend macht, oder die Bewilligung eines Dekorts behauptet oder mit einem Schadensersatzanspruch aufrechnet, oder abzurechnen hat (RG. 49, 41) usw. Freilich muß überall schuldhafte Zurückhaltung des Teilbetrages vorliegen (unten Anm. 13). Sendet der Käufer z. B. den geforderten Kaufpreis im großen und ganzen, macht aber einen Abzug und bittet, ihm denselben zu gewähren, so kann nicht sofort vom Verzuge gesprochen werden, solange der Käufer zwar keinen Anspruch hat, aber doch immerhin die Annahme hegen konnte, es werde ihm der Verkäufer den Abzug gewähren. Beim Abzuge des Portos und der Nichteinsendung des Bestellgeldes greift ferner § 320 Abs. 2 BGB. überall Platz. Dort ist bestimmt, daß, wenn ein Teil der Leistung bewirkt ist, die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden kann, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen unverhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde (vgl. RG. 53, 74; 61, 133). Dasselbe muß für die Frage des Verzugs regelmäßig gelten, und zwar auch dann, wenn noch kein Teil der Leistung bewirkt ist oder die Verweigerung eigensinniger Weise erfolgt (vgl. unten Anm. 36ff.; auch Exk. vor § 373 Anm. 77). Über den Fall, daß ein Teil des Kaufpreises gezahlt und angenommen wird, mit dem Rest aber der Verzug eintritt, s. unten Anm. 126ff. Exk. zu § 374.

γγ) **Unterlassen** haben muß er die Zahlung. Zahlt er, wenn auch unter Verwahrung oder Vorbehalt, so liegt kein Verzug vor; bloße Meinungsverschiedenheiten begründen ihn nicht (Bolze 13 Nr. 436). Der Gläubiger braucht ja die unter ungerechtfertigten Vorbehalten gemachte Zahlung nicht anzunehmen. Wie dies nach früherem Recht angenommen wurde (Dernburg, Pr. Privatrecht II § 92 a. E.), so liegt kein Grund vor, für das neue Recht etwas anderes anzunehmen. Dagegen ist die Zahlung unterlassen, wenn der Käufer durch seine Zahlung den Kaufpreis getilgt haben will und nun Lieferung verlangt, obgleich die Zahlung auf eine andere Schuld zu verrechnen war. Anm. 12.

δδ) **Schuldhaft** muß der Käufer die Zahlung unterlassen haben. Dazu gehört, daß die Zahlung auf Grund von Umständen unterblieben ist, die er zu vertreten hat. Doch hat, wie hier sofort bemerkt werden muß, der Verkäufer nicht zu beweisen, daß solche Umstände vorliegen, vielmehr ist es Sache des Käufers, sich nach dieser Richtung zu entschuldigen. Diese Beweislast folgt aus dem Wortlaut des § 285 BGB. Zu vertreten hat der Käufer Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst, seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient (§§ 276, 278 BGB.). Sein Zahlungsunvermögen aber hat er auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt (§ 279 BGB.). Der Einwand also, daß er nicht zahlen kann (exc. cassarea: wo nichts ist, da hat auch der Kaiser sein Recht verloren), entschuldigt ihn nicht, auch wenn er genügend Vorsorge getroffen hat, um den Verkäufer rechtzeitig zu befriedigen, wenn er z. B. das Geld rechtzeitig in den Geldschrank gelegt, aber durch einen Einbruchsdiebstahl verloren hat, oder wenn er das Geld rechtzeitig per Post übersendet hat; denn es reist auf seine Gefahr (§ 270 BGB.). Aber er ist entschuldigt, wenn der Verkäufer ihm z. B. einen unrichtigen Fälligkeitstag angegeben hat usw. Dagegen entschuldigt ihn regelmäßig unrichtige Vertragsauslegung nicht (Bolze 19 Nr. 546); auch sonstiger Rechtsirrtum nicht (Bolze 21 Nr. 487). Irrige Auslegung des Vertrags ist jedoch nicht so zu behandeln wie etwa unrichtige Auslegung der entscheidenden Gesetzesbestimmung; er legt zwar das Gesetz, Anm. 13

Digitized by Google

Exk. zu § 374. nicht aber den Vertrag auf seine Gefahr aus und begeht daher in solchem Falle nicht immer vorsätzlich oder fahrlässig eine Handlung, die sich nach objektiver Vertrags- und Gesetzesauslegung als Vertragsverletzung darstellt. Es kommt darauf an, ob den Schuldner ein Verschulden in der Auslegung, auf der die Nichterfüllung beruht, trifft (JW. 95, 25[78]; RG. II 343/06, Urt. v. 15. 2. 07); ebenso muß die Unkenntnis der Schuld eine verschuldete sein (RG. 36, 43; a. M. Hölder KritVSch. 45, 239). Am allerwenigsten rechtfertigt ihn der Umstand, daß er die Ware wegen Geschäftsaufgabe nicht mehr braucht (RG. 41, 102). Bei Zug um Zug-Leistung braucht der Käufer nicht zu behaupten, daß er sich zur Zahlung des Kaufpreises erboten habe, ehe ihm die vertragsmäßig beschaffene Ware am Ablieferungsort angeboten war (ROHG. 7, 388; 13, 170; RG. in SeuffA. 36, 26).

Anm. 14. Wo die Fälligkeit dadurch eintritt, daß der Käufer mit der Annahme der Lieferung in Verzug gerät (oben Anm. 8ff.), da muß, damit der Käufer im Schuldnerverzuge ist, auch der Annahmeverzug schuldhaft sein. Auch dies ergibt sich aus § 285 BGB. Ist der Annahmeverzug unverschuldet (für den Gläubigerverzug genügt ja unverschuldeter Annahmeverzug; § 373 Anm. 9), so liegt kein Schuldnerverzug des Käufers vor. Denn dann unterbleibt ja die Zahlung infolge von Umständen, die der Käufer nicht zu vertreten hat.

Anm. 15. Aber ferner gehört zur schuldhaften Unterlassung regelmäßig eine Mahnung (Klageerhebung oder Zustellung des Zahlungsbefehls stehen dem gleich) — § 284 BGB. — Die Mahnung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; sie muß daher, um wirksam zu sein, dem Käufer oder dessen legitimiertem Vertreter zugehen. Prozeßvollmacht genügt dazu (unten Anm. 78). Jedoch ist wegen der Vorlegung der Vollmacht § 174 BGB. zu beachten. Die Mahnung muß für ihre Zwecke geeignet sein; also dem Käufer Zeit zur Nachholung der versäumten Zahlung lassen; sonst ist die Mahnung wirkungslos. Sie ist formlos, braucht nicht ausdrücklich zu geschehen (RG. 50, 261; OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 199), muß aber unzweideutig sein und das Verlangen des Verkäufers erkennen lassen, daß ihm sofort oder zu einer bestimmten späteren Zeit gezahlt werde, daß er also die Geltendmachung von Rechten an seine Erklärung knüpfen will (OLG. Darmstadt HessRspr. 5, 27). Daher genügt meist nicht die Zusendung der Rechnung; wohl aber die Übersendung quittierter Rechnung oder einer Berechnung mit der Bitte, wegen Erstattung des Wertes das Weitere zu veranlassen (PrOVG. 43, 195) und Postauftrag (OLG. München SeuffBl. 05, 332). Fordert der Gläubiger mehr oder anderes oder an anderem Ort oder zu einer anderen Zeit oder unter anderen Bedingungen, als ihm geschuldet wird, so ist darum die Mahnung nicht wirkungslos (Dernburg II 1 § 71 II 2c). Wenn vielmehr die Mahnung nur deutlich erkennen läßt, welche Forderung und wie erfüllt werden soll, so ist die Mahnung wirkungsvoll (ROHG. 16, 201; 18, 276; RG. 14, 108). Es kommt in allen diesen Fällen darauf an, ob auch eine richtige Mahnung nichts gefruchtet hätte, und wie sich der Schuldner verhalten hat (RG. 9, 141; RG. in SeuffA. 59, 388; JW. 99, 577[17]; OLG. Kiel OLGR. 2, 439; OLG. Posen im Recht 04, 528[2209]; a. M. Planck § 284 Bem. 4c; Düringer-Hachenburg II 125/126); ob also z. B. der Schuldner daraufhin jede Erfüllung, auch die vertraglich geschuldete verweigert oder den Abschluß überhaupt bestreitet usw. Diese Beurteilung ergibt sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB.). Der Schuldner muß, wenn ihm die Bedeutung der Mahnung erkennbar war, das, was er schuldet, leisten oder doch anbieten; es sei denn, daß der Gläubiger erklärt hätte, er werde die Leistung anders, als sie mit der an sich ungehörigen Mahnung gefordert war, nicht annehmen (ROHG. 9, 270; JW. 99, 577[17]). In letzterem Fall hat die Mahnung keine Wirkung. Die Mahnung für einen geringeren Betrag als den geschuldeten gilt nur für diesen Teil. Bei Zug um Zug-Leistungen wird die Ansicht vertreten (Cosack BR. I § 105 I 4, anscheinend auch Endemann I § 137, 1a Fußnote 3), es sei der Schuldner entschuldigt, wenn er die Leistung deshalb nicht bewirkt, weil der andere Teil seine Leistung zu bewirken unterließ. Nach anderer Ansicht (Dernburg II 1 § 71, 2c; Schollmeyer § 285 Anm. 1a) ist die Wirksamkeit der Mahnung nicht

Digitized by Google

davon abhängig, daß sich der Gläubiger zur Gegenleistung bei der Mahnung bereit erklärt; wenn aber der Gläubiger seinerseits die Gegenleistung verweigere, so komme der Schuldner nicht in Verzug. Hier handelt es sich jedoch nicht um den Verzug, sondern um die Fälligkeit, und diese ist bei Zug um Zug zu erfüllenden Verträgen nur davon abhängig, daß sich der Verpflichtete hinsichtlich der Gegenleistung in Annahmeverzug befindet (RG. 50, 260). Was dazu gehört, ist oben Anm. 8 erörtert. Dem Schuldner steht nur die verzögerliche Einrede zur Seite, daß er seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern darf (§§ 273, 285, 320 BGB.; RG. im Recht 02, 262[1862]; vgl. OLG. Hamburg OLGR. 10, 172). Mahnung unter einer Bedingung ist (gegen Endemann I § 137 Note 1) grundsätzlich ebensowenig unzulässig, wie die Kündigung unter einer Bedingung (§ 66 Anm. 10); natürlich darf sie nichts im Zweifel lassen (Dernburg II 1 § 71 II 2b). Die Mahnung muß nach der Fälligkeit geschehen. Dies schreibt § 284 Abs. 1 Satz 1 BGB. ausdrücklich vor. Eine vor der Fälligkeit erfolgende Mahnung ist daher selbst dann unwirksam, wenn der Wille des Gläubigers, Erfüllung zu verlangen, nach der Fälligkeit fortbesteht; § 284 BGB. lautet zu bestimmt (Dernburg II 1 § 71 II 2a). Allein andererseits ist darauf aufmerksam zu machen, daß unter Umständen die Tatsachen, die die Fälligkeit bewirken, auch die Mahnung mitenthalten. Eine Verbindung dieser Art ist möglich. Das gilt überall dort, wo der Kaufpreis dadurch fällig wird, daß der Verkäufer die Ware anbietet. Durch dieses Anbieten gibt der Gläubiger deutlich zu erkennen, daß er jetzt die Zahlung fordert. Es bedarf in diesem Falle zur Inverzugsetzung keiner besonderen Mahnung mehr. Wenigstens ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn dies aus den Umständen entnommen wird (ROHG. 15, 55; JW. 02 Beil. 230[93]). Es können mit der die Fälligkeit begründenden Handlung die Mahnung nach § 284 BGB., die Setzung einer Nachfrist und die Erklärung, daß nach Fristablauf Erfüllung nicht mehr angenommen werde (RG. 50, 261; 61, 131; RG. in Holdheim 05, 82), sowie die Wahlanzeige (RG. 61, 131; JW. 04, 536[3]) verbunden werden. Erl. zu § 374.

Eine Mahnung wird überflüssig, wenn der Käufer im voraus erklärt hat, er werde nicht zahlen. Denn er setzt sich dadurch selbst in Annahmeverzug und bei Leistung Zug um Zug zugleich in Zahlungsverzug (RG. 53, 11; JW. 02, 28[23]; a. M. 6./7. Aufl.). Hatte der Gläubiger vorzuleisten, so muß er auch im Falle der von vornherein erklärten Erfüllungsweigerung des Käufers entweder seiner Vorleistungspflicht nachgekommen oder doch dazu bereit sein. Denn im Falle der Erfüllungsweigerung des Schuldners genügt das wörtliche Angebot der Vorleistung gemäß § 295 BGB. und die Erfüllungsbereitschaft gemäß § 297 BGB. (JW. 02 Beil. 252[161] vgl. § 373 Anm. 11ff.). Näheres unten Anm. 26, 63, 69 u. 84ff. Anm. 16.

Die Mahnung wird aber dadurch überflüssig, daß für die Zahlung des Kaufpreises ein Kalendertag bestimmt ist, oder daß die Fälligkeit von einer Kündigungsfrist abhängig ist, und diese sich von der Kündigung ab nach Kalendertagen berechnen läßt (§ 284 Abs. 2 BGB.). Der Fall liegt nicht vor, wenn Zahlung per cassa vereinbart ist, oder wenn Zahlung in den ersten Tagen des Juli vereinbart ist (ROHG. 14, 34) oder bei der Zahlungsbedingung: zahlbar zu Anfang des Winters, oder Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Ware, oder in 14 Tagen nach Lieferung oder am Ende der Empfangswoche. Denn die Berechnung des Tages darf nicht nach einem anderen, an sich ungewissen Ereignis erfolgen (RG. 60, 84). Diese Ungewißheit ist auch bei der Klausel vorhanden, daß alle Nachbestellungen innerhalb 30 Tagen vom Tag der Bestellung an ausgeführt sein müssen (RG. in Holdheim 15, 73). Anm. 17.

εε) Die Beweislast trifft den Verkäufer insofern, als er die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises und die Fälligkeit dartun muß, ebenso die Mahnung. Den Nachweis, daß er gleichwohl nicht in Verzug geraten ist, weil er die Erfüllung unterlassen hat auf Grund von Umständen, die er nicht zu vertreten hat, hat der Käufer zu führen (s. oben Anm. 13ff.), ebenso den Nachweis, daß er erfüllt hat, wenn er sich auf diesen Anm. 18.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. Standpunkt stellen will (oben Anm. 11). Aber auch hinsichtlich der Fälligkeit bei Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten hat der Verkäufer nur die Bereitschaft zur eigenen Leistung, nicht auch das Vermögen dazu zu beweisen (RG. 50, 260; § 373 Anm. 17).

Anm. 19. bb) **Die zweite Voraussetzung ist, daß der Verkäufer noch nicht erfüllt hat,** wenigstens ist dies die Voraussetzung des hier zu erörternden Falles. Der Fall, daß der Verkäufer schon erfüllt hat und der Käufer in Verzug gerät, wird unten Anm. 116 ff. dargestellt.

Anm. 20. b) **Der Inhalt des dreifachen Wahlrechts im Falle des Verzuges des Käufers: die drei zur Wahl gestellten Rechte.**

aa) **Welches sind die Rechte, zwischen denen der Verkäufer zu wählen hat?** Er hat zunächst das Recht auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung. Dieses Recht hat er auf Grund des Kaufvertrages und des § 286 BGB. Er hat aber ferner nach § 326 BGB. das Recht, entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten (oben Anm. 2; im Grunde genommen hat der Verkäufer noch ein viertes Recht: das Recht der Zurückbehaltung der eigenen Leistung, darüber s. unten Anm. 36).

Anm. 21. bb) **Insbesondere das Recht auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.**

α) **Das Recht auf Erfüllung.** Das ist das Recht auf Zahlung des Kaufpreises. Der Verzug erschwert weder, noch mindert er die Pflicht zur Zahlung. Er erschwert sie regelmäßig nicht, so daß der Ort der Zahlung trotz des Verzuges unverändert bleibt (ROHG. 8, 84). Also muß der Käufer an seinem Wohnsitze auf Zahlung verklagt werden (vgl. Exk. zu § 372 Anm. 27 u. Exk. vor § 373 Anm. 81). Der Verzug mindert aber auch die Zahlungspflicht nicht und etwaige Belästigungen, die dem Käufer dadurch entstehen, daß der Verkäufer auf Erfüllung besteht, hindern den Verkäufer nicht, dieses Recht zu wählen. So muß z. B., wenn Waren für einen längeren Zeitraum zum allmählichen Verbrauch geliefert werden sollten, der Käufer, wenn er sich während der ganzen Lieferungszeit geweigert hatte, abzunehmen und zu bezahlen, sich nunmehr gefallen lassen, daß der Verkäufer die Abnahme und Zahlung des ganzen Quantums auf einmal verlangt (Bolze 7 Nr. 575), auch wenn die Ware jetzt, etwa wegen des Ablaufs der Saison, schlechter zu verwerten ist (Bolze 8 Nr. 186). Anders kann der Fall liegen, wenn nach dem Parteiwillen die Lieferung nach Ablauf einer gewissen Frist nicht mehr als Vertragsleistung zu betrachten ist, wie z. B. beim Bierabnahmevertrag. Hier kann der Parteiwille dahin gehen, daß der Verkäufer nicht mehr auf Erfüllung, sondern nur noch auf Entschädigung klagen darf (Bolze 5 Nr. 677), obgleich sich grundsätzlich der Käufer nicht auf seinen eigenen Verzug berufen darf. Es ist eben wesentlich Sache der Willensauslegung, welche Folgen die Vertragschließenden aus der Vertragsverletzung eines Teils gezogen wissen wollen (a. M. 6./7. Aufl.).

Über die prozessuale Seite der Klage auf Zahlung ist schon im Exkurs vor § 373 Anm. 76 ff. gehandelt, insbesondere auch über den Gerichtsstand, den Klageantrag, den Einwand der nicht erfolgten Lieferung usw.

Anm. 22. β) Als Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung hat der Verkäufer besonders die gesetzlichen Zinsen zu verlangen (§ 288 BGB.; §§ 352, 355 HGB.; Exk. vor § 373 Anm. 63). Der Anspruch auf höheren Schadensersatz ist nicht ausgeschlossen (§ 288 Abs. 2 BGB.; vgl. auch § 352 Anm. 8, wo dargelegt ist, daß auf Grund des § 288 Abs. 2 BGB. bei allgemein steigendem Zinsfuße ein höherer Zins ohne weiteres gefordert werden kann). Diese Verzinsungspflicht des in Annahme- und Zahlungsverzug befindlichen Käufers hört nicht etwa deshalb auf, weil der Verkäufer sich durch grobfahrlässige Aufbewahrung der Kaufsache vorübergehend in die Unmöglichkeit versetzt hat, die Leistung seinerseits zu bewirken. Erst die Annahmebereitschaft des Käufers ändert diese Lage. Ferner sind als Nebenforderungen des Erfüllungsanspruchs (Schäden nach § 4 CPO.) alle Kosten für Lagerung, Wagenmiete, Standgeld usw. zu ersetzen (RG. 42, 389; JW. 97, 2[3]; 99, 28[3]; vgl. RG. 52, 166). Als Verspätungsschäden kommen auch Betriebsstörungen in Betracht, die der Verkäufer durch die Säumnis des Käufers erleidet (§ 286 Abs. 1 BGB.). Der Verspätungsschaden streift

Digitized by Google

mitunter sehr nahe an den Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Hat z. B. der Verkäufer im Interesse des in Annahmeverzug befindlichen Käufers die leicht verderbliche Gattungsware bei seinem sonstigen Vorrat belassen und mit diesem Vorrat weiterverkauft, so muß der Verkäufer, wenn nun der Käufer annehmen will, die Ware wieder anschaffen. Ist der Marktpreis dann höher als der Vertragspreis, so kann der Verkäufer, sobald er die Ware angeschafft und gehörig angeboten hat, diesen Unterschied begehren (§ 286 Abs. 1 BGB.; RG. II 254/04, Urt. v. 21. 2. 05). So gibt es auch besondere Fälle, in denen der Käufer, wenn der Marktpreis inzwischen gefallen ist, diesen Unterschied als Verspätungsschaden in Anspruch nehmen kann (ROHG. 24, 155; RG. 14, 112). Selbstverständlich kann beim Sukzessivlieferungsvertrag der Verkäufer nicht wegen verspäteter Zahlung oder Annahme einer Rate sofort hinsichtlich aller künftigen Raten Verspätungsschaden fordern; denn durch Verspätung einer Rate werden die anderen Raten nicht fällig (JW. 01, 846[29]). Geltendmachung der Erfüllung ohne gleichzeitige Geltendmachung des Verspätungsschadens schließt den letzteren nicht aus. Ebensowenig gibt es eine gesetzliche Vorschrift, daß die vorbehaltlose Annahme der verspäteten Leistung ohne weiteres den Verzicht auf den Verspätungsschaden enthält (RG. 43, 268, vgl. Exk. vor § 373 Anm. 86). Ist allerdings an die verspätete Zahlung eine Vertragsstrafe geknüpft, so liegt in der vorbehaltlosen Annahme der verspäteten Zahlung der Verzicht auf die Vertragsstrafe (§ 341 Abs. 3 BGB.; hierüber § 348 Anm. 19). Exk. zu § 374.

Für die Klage auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung gilt prozessual dasselbe wie für die Klage auf Erfüllung. Der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung ist eine Nebenverbindlichkeit, ein Zuwachs der eigentlichen Erfüllung. Der Käufer kann, wenn der Verkäufer noch nicht geleistet hat, auch zur Zahlung dieser Schuld nur Zug um Zug gegen Lieferung der Ware verurteilt werden, und wenn ohne Lieferung glatt gegen ihn vollstreckt werden soll, so muß dem Vollstreckungsbeamten dargetan werden, daß der Käufer mit der Annahme der Ware im Verzuge ist (Näheres Exk. vor § 373 Anm. 80). Anm. 23.

Desgleichen ist der Erfüllungsort hier der gleiche, wie für die Hauptleistung. Darum ist auch der Gerichtsstand der gleiche (Exk. zu § 372 Anm. 8 u. 16).

Nach allen diesen Richtungen würde anderes gelten, wenn die Theorie, daß der Verzug ein neues selbständiges Schuldverhältnis begründe, richtig wäre. Sie ist aber irrig (vgl. Exk. vor § 373 Anm. 89).

cc) **Insbesondere das Recht des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Anm. 24.

α) **Inhalt dieses Rechts im allgemeinen.** Das alte HGB. gab dem Verkäufer im Falle des Verzugs des Käufers kein einfaches Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wie dem Käufer beim Verzuge des Verkäufers, sondern es gab ihm nur eine bestimmte Art des Schadensersatzes an die Hand: er mußte, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen wollte, im Wege eines öffentlichen Selbsthilfeverkaufs die Ware verkaufen lassen, wie im Falle des Annahmeverzuges, und der hierbei erlittene Ausfall am Kaufpreise bildete den Inhalt seines Schadensersatzanspruchs. Das neue Recht hat davon Abstand genommen, das Recht des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in dieser Weise einzuschränken. Vielmehr gibt der § 326 BGB. jedem, dem der andere Teil das auf Grund eines zweiseitigen Vertrages Geschuldete nicht leistet, also auch dem Verkäufer gegenüber dem Käufer, einfach das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Die Art, wie der Schadensersatz zu berechnen ist, ergibt sich aus der jedesmaligen Sach- und Rechtslage. Der Verkäufer ist daher auf jene Art der Schadensberechnung, die das frühere Recht vorschrieb, nicht beschränkt (RG. 57, 107). Sie ist ihm zwar gestattet, aber er ist auf sie nicht angewiesen. Vielmehr kann der Verkäufer seinen Schaden auch in jeder anderen Weise belegen; z. B. auf Grund eines freihändigen Verkaufs der Ware, auch ohne Verkauf durch bloße Anrechnung des Preisunterschieds usw. (RG. 53, 11; 60, 346; JW. 05, 640). Die verschiedenen Arten der Schadensberechnung werden weiter unten betrachtet.

Digitized by Google

Ergl. zu § 374. Anm. 25.

Von diesem Standpunkt geht die ständige Rechtsprechung (RG. 50, 262; 52, 352; 53, 14 u. 89; 54, 100; 57, 107; 58, 177; JW. 04, 171, 468[9]) und D. 219 aus. Diese Ansicht betont, daß § 326 Abs. 1 BGB. ausdrücklich den Anspruch des Verkäufers auf Erfüllung ausschließt, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt hat. Notwendigerweise ist damit auch der Anspruch des Käufers auf Erfüllung ausgeschlossen, weil der Verkäufer nur zu erfüllen braucht, wenn der Käufer seinerseits erfüllt. Folglich bleibt der Kaufvertrag aus Schuld des Käufers nicht erfüllt, und stellt der Schadensersatz wegen Nichterfüllung den Schaden dar, der dem Verkäufer dadurch erwachsen ist, daß durch den Verzug des Käufers der ganze Vertrag, so wie vereinbart, durch Leistung und Gegenleistung, nicht zur Erfüllung gelangt. Dieser Schadensanspruch tritt somit an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile und geht nur auf Geld; § 249 Satz 1 BGB. findet keine Anwendung (RG. 61, 348). Der Ersatz des Schadens besteht also, äußerlich betrachtet, in dem Unterschied zwischen dem Vermögensstand des vertragstreuen Teils bei Erfüllung des Vertrags und dem Vermögensstand, der dem vertragstreuen Teil durch die beiderseitige Nichterfüllung auferlegt wird (daher die Bezeichnung als Differenztheorie). Aus dieser Auffassung ergibt sich die Folgerung, daß zwar der Vertrag fortbesteht, daß aber das ganze Vertragsverhältnis sich allein auf diesen Schadensersatzanspruch beschränkt. Der säumige Vertragsteil kann von dem Gegner so wenig mehr Lieferung verlangen, als er ihm fernerhin seine Leistung anbieten kann. Auch der vertragstreue Teil kann nicht mehr Erfüllung verlangen und braucht seine Leistung nicht mehr bereit zu halten (insbes. RG. 50, 267). Der vertragstreue Teil kann seine Leistung behalten und sich deren Wert bei seiner Schadensrechnung in Ansatz bringen (abstrakte Schadensrechnung; hierüber unten Anm. 20); aber er muß nicht so verfahren: der vertragstreue Verkäufer kann die ihm obliegende Leistung auch anderweit verkaufen. Der Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem Verkaufs- oder dem Eindeckungspreis stellt alsdann seinen Schaden dar (konkrete Schadensberechnung des Verkäufers; hierüber unten Anm. 30). Der vertragstreue Käufer kann sich die ausgefallene Leistung des Verkäufers anderweit verschaffen; er deckt sich ein (konkrete Schadensberechnung des Käufers; hierüber unten Anm. 65); er kann aber auch abstrakt rechnen (unten Anm. 60). Von dem Rücktrittsrecht unterscheidet sich der Schadensersatz wegen Nichterfüllung dadurch, daß durch den Rücktritt der Vertrag völlig aufgehoben wird (vgl. oben Anm. 3) und jeder Teil seine Leistung zurückfordern kann. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gibt dieses Recht nicht: was der Gläubiger geleistet hat, muß er dem Schuldner belassen, wenn er das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt. Der Verkäufer verlangt ja Schadensersatz dafür, daß der Käufer den Kaufpreis nicht zahlt, obgleich er dazu verpflichtet ist, und obgleich er einen Teil der Waren erhalten hat. Aber von der Weiterlieferung wird der Verkäufer frei. Dem Anspruch auf Schadensersatz wird der Zustand zugrunde gelegt, der in dem entscheidenden Zeitpunkt besteht: einen Anspruch auf Erfüllung der noch ausstehenden Verpflichtungen des säumigen Schuldners hat der nichtsäumige Vertragsteil nicht, aber andererseits wird er seinerseits frei von seinen noch ausstehenden Verpflichtungen. Für den Schaden, der ihm aus dieser Rechtslage erwächst, kann er Ersatz beanspruchen.

Die entgegengesetzte Ansicht (die noch von Planck § 325 Anm. 1 a, aber nicht mehr von Dernburg II 1 § 98 V 1) vertreten wird, geht dahin, daß der, welcher Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, von seiner eigenen Verpflichtung nicht frei werde, obgleich er seinen Anspruch auf Erfüllung verliere. Der Verkäufer, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, muß danach dem Käufer die Ware liefern. Nur wenn gleichzeitig Annahmeverzug des Käufers vorliegt, wird dem Verkäufer ein Recht auf den öffentlichen Selbsthilfeverkauf nach § 373 BGB. zugestanden; andernfalls müsse er hinterlegen (§ 372 BGB.) oder nach § 383 HGB. versteigern und hinterlegen. Innerhalb dieser Ansicht bestehen wieder verschiedene Meinungen. Der 27. deutsche Juristentag I 249;

Digitized by Google

II 167 IV 112, 158, 161, 627 hat, nachdem Kipp und v. Mayr Gutachten mit verschiedenem Ergebnis und Strohal und Neumann Bericht erstattet hatten, seine Rechtsüberzeugung in einem der reichsgerichtlichen Rechtsprechung entgegengesetzten Sinne kundgegeben (vgl. Müller im Recht 05, 545; wegen der Lit. vgl. RG. 50, 263, Kisch in JheringsJ. 44, 68). Exk. zu § 374.

Die Rechtsprechung folgt dagegen der hier vertretenen Auffassung des Reichsgerichts, welches namentlich im RG. 50, 266 mit Recht hervorhebt, daß durch die gegenteilige Meinung der Verkäufer der Sorge für seine Leistung nicht ledig, und unklaren Verhältnissen der Boden geebnet werde. Vgl. die Darlegungen in 6./7. Aufl. Exk. zu § 374 Anm. 21ff.

Hiernach hat der Verkäufer, wenn er Schadensersatz wegen Nichtzahlung wählt, keine Verpflichtung, dem Käufer die Ware anzubieten, kann sie vielmehr, auch ohne daß Annahmeverzug des Käufers vorliegt, verkaufen, und zwar wie er will, und seinen Schaden so oder auch in anderer Weise gegen den Käufer berechnen. Ja er ist nicht einmal berechtigt, dem Käufer die Ware anzubieten, von ihm Abnahme zu verlangen, nachdem er einmal wegen der Nichtzahlung Schadensersatz gewählt hat. Denn sein Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen, und die Abnahme ist eine der Verpflichtungen, die zur Erfüllung des Vertrages durch den Käufer gehören (§ 433 BGB.). Und überdies würde, wie gesagt, der unter Anbieten der Ware liquidierte Schadensersatz auf nichts anderes hinauslaufen, als auf den Anspruch auf den Kaufpreis nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Aber gerade diesen Anspruch hat der Verkäufer verloren, nachdem er Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt hat. Der Käufer kann also, nachdem der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt hat, verlangen, daß der Verkäufer die Ware als sein Eigentum behalte oder verwerte. Der ihm hierdurch, durch das Behalten der Ware oder anderweitige Verwerten der Ware erwachsene Schaden ist gerade der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, den allein der Verkäufer geltend zu machen berechtigt ist, nachdem er dieses Recht gewählt hat. Es wandelt sich somit das ganze Vertragsverhältnis, nicht nur die vom Schuldnerverzug unmittelbar betroffene eine Seite des Vertrags, um. Hat also der Käufer vorzuleisten (wie z. B. bei der Klausel „Kasse oder Akzept gegen Konnossement", Exk. zu § 372 Anm. 46b), so kann der Verkäufer seinen Schadensersatzanspruch nicht auf die Vorausleistung des Käufers beschränken und sich auf den Standpunkt stellen, der Käufer müsse vorläufig Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten und könne seine Einwendungen wegen vertragswidriger Lieferung erst in dem etwa nachfolgenden Arbitrageverfahren (Exk. vor § 373 Anm. 24) vorbringen. Der Verkäufer muß seinen Schadensersatzanspruch auf den ganzen Vertrag ausdehnen, wenn nicht ausnahmsweise ein unzweifelhafter Vertragswille entgegengesetzten Inhalts vorhanden ist (RG. 61, 348). Anm. 26.

Aus dem Gesagten folgt, daß der Verkäufer die Ware jedenfalls anschaffen oder anfertigen muß (Förtsch DJZ. 7, 65). Der Käufer gerät jedoch im Regelfall (ähnlich, wenn der Kaufpreis Zug um Zug zu zahlen oder gestundet ist) nur dann in Zahlungsverzug, wenn der Verkäufer die Ware geliefert hat oder wenigstens zur Lieferung imstande ist (oben Anm. 9 u. 10). Nur dann, wenn der Käufer im voraus zu zahlen hat, liegt die Sache anders: hier kann der Verkäufer beim Zahlungsverzug des Käufers Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch ohne Anschaffung oder Anfertigung der Ware geltend machen. Bei bestimmter Erfüllungsweigerung (unten Anm. 51 u. 84) gilt besonderes: nur von Setzung einer Nachfrist wird der vertragstreue Teil befreit, nicht von den Voraussetzungen der Fälligkeit (unten Anm. 84 u. 86). Nur dann ändert sich die Lage, wenn in der Erfüllungsweigerung zugleich ein Lossagen vom Vertrag, d. h. eine positive Vertragsverletzung liegt (hierüber unten Anm. 86 am Ende).

Selbstverständlich aber bleibt der Anspruch auf Schadensersatz ein Anspruch aus dem Vertrage (RG. 10, 180; 50, 267). Er folgt daher denselben Regeln, wie Anm. 27.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. der Hauptanspruch auf Erfüllung; er ist dort zu erfüllen, wo der Vertrag überhaupt zu erfüllen ist. Er ist ja nur die die Erfüllung ersetzende Verpflichtung (Exk. zu § 372 Anm. 16). Weil das ganze Vertragsverhältnis sich verwandelt (oben Anm. 26), gibt es auch keine Zerlegung in den durch Abnahmeverzug verursachten Schaden und in entgangenen Gewinn, so daß etwa für jeden Betrag ein besonderer Erfüllungsort nach § 269 BGB. und ein besonderer Gerichtsstand nach § 29 ZPO. möglich wäre (RG. 55, 423).

Eine Rechtspflicht des Käufers, dem Verkäufer über seine Vertragsverletzungen Auskunft zu geben oder Rechnung zu legen, besteht selbst dann nicht, wenn der Käufer sich verpflichtet hat, seinen ganzen Bedarf innerhalb gewisser Zeit vom Verkäufer ausschließlich zu beziehen. Auch die Bestellung einer dinglichen Sicherheit, wie sie sich oft die Brauereien vom Wirt im Falle einer Bierbezugspflicht bestellen lassen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Eine solche Auskunftspflicht läßt sich weder aus § 260 BGB., noch aus §§ 133, 157, 242 BGB. herleiten. Wo das BGB. (z. B. in §§ 402, 666, 713, 2003) eine Auskunftspflicht auferlegt, gründet sich diese Pflicht auf die eigentümliche Natur besonderer Rechtsverhältnisse (RG. Recht 07, 524).

Anm. 28. β) **Demgemäß kann der Verkäufer den Schadensersatz wegen Nichterfüllung in jeder Weise berechnen, welche der Sach- und Rechtslage entspricht**; nur nicht so, daß Wiederherstellung des früheren Zustandes nach § 249 Satz 1 BGB. begehrt wird. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung geht immer auf Entschädigung in Geld (RG. 61, 353). Wie der Käufer seinen Schaden beim Verzuge des Verkäufers, so kann der Verkäufer den seinigen beim Verzuge des Käufers abstrakt und konkret berechnen.

Anm. 29. αα) **Der abstrakte Schade.** Dieser kann in verschiedener Weise berechnet werden. Der Verkäufer kann einfach den Unterschied zwischen dem Selbstkostenpreis, d. i. dem niedereren Einkaufspreis, und dem Vertragspreise verlangen. Er kann sich mit Fug auf den Standpunkt stellen, daß er diesen Unterschied verdient hätte, wenn der Käufer den Vertrag erfüllt hätte (Makower Vorbem. vor § 375, 376 XI e 2 hält diese Berechnung für eine konkrete). Demgegenüber kann der Käufer nicht einfach einwenden, daß der Verkäufer ja im Besitze der Ware geblieben sei, sie also anderweit ebenso günstig verkaufen könne, wie an den Käufer. Denn es ist als Regel davon auszugehen, daß der Verkäufer imstande war, auch noch weitere Quantitäten derselben Warengattung zu demselben Selbstkostenpreis anzuschaffen, und daß, auch wenn der betreffende Käufer den Vertrag erfüllt hätte, der Verkäufer andere Verkaufsgelegenheiten ebenfalls hätte benutzen können, und bei einer verkäuflichen Ware muß von ihrer jederzeitigen Verkäuflichkeit ausgegangen werden (RG. 4, 2; JW. 05, 338[6]; der Schaden kann dann nach § 287 ZPO. auf diesen Unterschied geschätzt werden; vgl. RG. 58, 327). Indessen können freilich im einzelnen Falle die Dinge so liegen, daß der Verkäufer nicht imstande gewesen ist, weitere Quantitäten zu demselben Preis anzuschaffen, während er andere Verkaufsgelegenheiten wohl gehabt hat. Unter solchen Verhältnissen kann der Verkäufer allerdings keinen abstrakten Schaden berechnen. Solche besondere Verhältnisse aber muß der Käufer dartun. — Die abstrakte Schadensberechnung kann auch in der Weise aufgemacht werden, daß der Verkäufer den Preisunterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem niedrigeren Verkäuflichkeitspreise in Rechnung stellt (RG. 53, 14; Lehmann-Ring § 376 Nr. 52). Welcher Zeitpunkt ist aber dieser abstrakten Schadensrechnung zugrunde zu legen? (Darüber s. unten Anm. 62.)

Anm. 30. ββ) **Der konkrete Schaden.** Diesen kann der Verkäufer in der Weise berechnen, daß er die Ware anderweit verkauft; der dabei erlittene Ausfall (zuzüglich Lagerungs- und Verkaufskosten, Zinsen, Provision usw.) ist sein Schaden. Er kann sich für diesen Verkauf der Form des § 373 HGB. und § 383 BGB. bedienen, aber, wie oben Anm. 24 ff. ausgeführt, ist keine Form vorgeschrieben (RG. 53, 15). Er kann auch einen privaten Verkauf vornehmen, ohne Mitwirkung irgendwelchen amtlichen Organs und ohne jede Form, wie der Käufer seinen Deckungskauf auch formlos bewirken kann (unten Anm. 68). Es gelten also über die Zeit, über den Ort, über die Art und die Bedingungen des Zahlungsverzugs-Selbsthilfeverkaufs

Digitized by Google

keine festen Formen. Vielmehr gilt hier, wie beim Deckungskauf des Käufers, der Grund- Erl. zu
satz, daß der Verkäufer bei der Vornahme des Verkaufs nach Treu und Glauben im § 374.
Verkehr zu verfahren hat. Er nimmt dabei nicht das Interesse des Käufers wahr, darf dieses aber auch nicht arglistig oder fahrlässig verletzen. Dies ist früher für den Deckungskauf in zahlreichen Entscheidungen angenommen worden (s. unten Anm. 68) und ergibt sich jetzt unmittelbar aus § 254 Abs. 2 BGB. (RG. 50, 268; 53, 14). Für jede schuldhafte Handlung, nicht nur für grobe Fahrlässigkeit hat also der Verkäufer einzustehen (RG. 57, 107; 54, 411; über mitwirkendes Verschulden s. § 347 Anm. 12). Da hiernach der Zahlungsverzugs-Selbsthilfeverkauf nicht unter dem Zeichen fester Normen und Formen steht, so ergibt sich hieraus ferner, daß Abweichungen von dem, was Treu und Glauben gebieten, nicht eine Ungültigkeit des Verkaufs bewirken, sondern nur, daß die Abweichung von der Regel nicht berücksichtigt wird, so daß der Verkäufer den Ausfall zugebilligt erhält, der sich bei sachgemäßem Verkauf ergeben hätte. Das freie richterliche Ermessen nach § 287 ZPO. findet Anwendung bei Prüfung der Beanstandungen gegen die Ordnungsmäßigkeit des Verkaufs, wie hinsichtlich der Höhe des Ausfalls (so schon für den Deckungskauf RG. 11, 198; 46, 407 und jetzt RG. 53, 15; 57, 107). Deshalb kann dem Verkäufer nicht der Nachweis angesonnen werden, daß ihn eine besondere Zwangslage, z. B. Mangel an Platz, zum freihändigen Verkauf genötigt habe. Der Käufer kann auch nicht einwenden, es müsse bei dem freihändigen Verkauf der erzielte Erlös dem Wert der Ware bei der gegebenen Sachlage entsprechen, also angemessen sein. Es genügt, daß der Verkäufer mit gehöriger Sorgfalt verfahren, nicht gegen Treu und Glauben verstoßen und auch das Interesse des säumigen Käufers nicht außer Augen gelassen hat (RG. 43, 14; 61, 281 u. bei Holdheim 14, 218).

Wegen des Näheren über diesen Selbsthilfeverkauf gilt das unten über den Deckungs- Anm. 31.
kauf Gesagte überall (unten Anm. 69ff.). Hervorzuheben ist hierbei, daß der Verkäufer dem Käufer die redlich erzielten Preise anrechnen kann (s. unten Anm. 71). Insbesondere muß es sich um einen Verkauf derselben Ware und zu wesentlich gleichen Bedingungen handeln (vgl. unten Anm. 72). Nach einer Verkaufsgelegenheit braucht der Verkäufer gerade nicht zu suchen. Aber er darf auch eine sich darbietende Verkaufsgelegenheit nicht ablehnen (vgl. § 254 BGB.; RG. 53, 15). Hinsichtlich der Zeit des Verkaufs kommt es auf die Beschaffenheit der Ware und die Preisbewegung an, und ob darnach eine Beschleunigung geboten war. Über alle diese Umstände entscheidet freies Ermessen nach § 287 ZPO.

Erzielt der Verkäufer beim anderweiten Selbsthilfeverkauf Gewinn, so Anm. 32.
verbleibt er ihm, weil dieser Selbsthilfeverkauf für seine Rechnung erfolgt (D. 219; RG. 61, 281). Er muß jedoch diesen Gewinn auf den sonstigen Schaden, den er wegen der Nichterfüllung erlitten hat, in Anrechnung bringen (RG. 53, 15).

Der Verkäufer kann seinen konkreten Schaden aber noch ganz anders Anm. 33.
berechnen. Er kann z. B. darlegen, daß er, um seinem Käufer liefern zu können, seinerseits Anstalten getroffen hatte (Anschaffung von Rohstoffen, Anstellung von Arbeitern, Bestellung fertiger Ware), nun diese Rechtsbeziehungen lösen mußte und so Schaden leide. So kann der Verkäufer zu einem Anspruch auf den Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem billigeren Einkaufspreis kommen (RG. 60, 346). Er kann den Schaden in Rechnung setzen, den sein Vormann von ihm verlangt, weil er infolge des Vertragsbruchs seines Abkäufers auch dem Vormann nicht abnehmen konnte. Auch hier ist die Frage etwaigen Mitverschuldens (§ 347 Anm. 12) und die Prüfung des ursächlichen Zusammenhanges nach § 287 ZPO. von Bedeutung. Beruht eine solche Schadensforderung eines Vormannes gegen den Verkäufer auf einem Schiedsspruch, so kann der in letzter Linie in Anspruch genommene Käufer nicht einwenden, daß er am Schiedsverfahren nicht beteiligt sei. Denn es handelt sich dann nicht um die Rechtskraft des Schiedsspruchs, sondern darum, ob der Schiedsspruch eine Folge der Vertragsbrüchigkeit des Käufers war.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. Anm. 34.

γ) **Die Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung** erfolgt durch Klage an dem Gerichte des Ortes, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist, d. i. wo die Hauptverpflichtung zu erfüllen ist (Exk. zu § 372 Anm. 16). Sie kann mit der Klage auf Erfüllung nicht verbunden werden, auch nicht fürsorglich (RG. in Holdheim 15, 278). Denn nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. ist mit der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung das ganze Vertragsverhältnis umgewandelt (RG. 57, 106, oben Anm. 24; Weiteres unten Anm. 74). Der § 255 CPO. ordnet nichts anderes an, sondern er bestimmt nur, daß der auf Zahlung klagende Verkäufer verlangen kann, daß im Urteil eine Frist bestimmt werde, binnen welcher der Käufer zu zahlen hat, widrigenfalls der Verkäufer die Erfüllung ablehnen kann — eine sehr unpraktische Bestimmung. Denn diese Frist kann der Verkäufer selbst bestimmen, und zwar jederzeit, auch vor Erlaß oder Rechtskraft des Urteils (über diese Auffassung s. Hölder § 326 BGB. Anm. 3 und unten Anm. 149ff.).

Anm. 35.

dd) **Insbesondere das Recht des Verkäufers, vom Vertrage zurückzutreten.** Wählt der Verkäufer dieses Recht, so kann er weder entgangenen Gewinn, noch auch die ihm erwachsenen Schäden, z. B. Lagerungskosten, Transportkosten, Provisionen für den Abschluß des Verkaufs, geltend machen (RG. 48, 273; 50, 266). Cosack, BR. I § 123 Nr. 6) will dem Zurücktretenden einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des negativen Vertragsinteresses gewähren, aber mit Unrecht. Denn „Rücktritt und aus dem Vertrage entspringender Anspruch auf Schadensersatz schließen sich aus" (M. II 209; RG. 54, 100; 61, 130; JW. 02 Beil. 251[158]), und das ganze Schuldverhältnis erlischt auch für die Vergangenheit, im Gegensatz zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung (oben Anm. 3). Im einzelnen finden gemäß § 327 BGB. die §§ 346—356 BGB. Anwendung. Danach erfolgt die Ausübung des Rücktrittsrechts durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil (§ 349 BGB.). Es ist also eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sie muß dem anderen Teile zugehen und so beschaffen sein, daß ihre Bedeutung keinen Zweifel läßt. Eine Erklärung, die auf Rücktritt und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet wird, ist wirkungslos, wenn sie nicht etwa als einfache Rücktrittserklärung aufzufassen ist. Regelmäßig wird aber nicht Rücktritt, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewollt sein. Es ist also Tatfrage, welcher Sinn mit einer so widerspruchsvollen Erklärung zu verbinden ist (Förtsch DJZ. 05, 19). Mit der Erklärung des Rücktritts ist der Vertrag aufgehoben, kein Teil braucht ihn mehr zu erfüllen. Für die Ausübung des Rücktrittsrechts kann dem Berechtigten von dem anderen Teil eine angemessene Frist bestimmt werden; das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablauf der Frist erklärt wird (§ 355 BGB.). Die Rückerstattung erfolgter Anzahlungen braucht nicht mit der Rücktrittserklärung angeboten zu werden, weil die beiderseitigen Leistungen nach erfolgtem Rücktritt Zug um Zug nach § 348 BGB. zurückzugeben sind (RG. 49, 40). Kann der Käufer die Sache nicht mehr herausgeben, so hat er den wahren Wert zu ersetzen (§ 347 BGB.). Vgl. über alles auch unten Anm. 75.

Durch den Rücktritt wird der vertragstreue Teil nicht gehindert, Schadensersatz wegen schuldhafter Vertragserfüllung zu begehren. Daß ein solcher Anspruch mit der Wandlung verbunden werden kann, ist zu § 377 dargelegt. Daß er neben dem vertragsmäßigen Rücktritt stattfindet, ist oben Anm. 3 bemerkt. Es besteht kein Grund, hier eine Ausnahme zu machen (auch das frühere Recht verhielt sich nicht ablehnend; RG. 48, 273).

Anm. 36.

ee) **Im Grunde genommen steht dem Verkäufer im Falle des Verzuges noch ein viertes Recht zur Wahl, nämlich das Recht, die Ware zurückzuhalten,** bis der Käufer den Kaufpreis gezahlt hat (§ 320 BGB.). Der dem § 320 BGB. zugrunde liegende Gedanke ist dem des Zurückbehaltungsrechts des § 273 BGB. nahe verwandt, da auf Grund der letzteren Gesetzesstelle nicht nur Sachen, sondern Leistungen jeder Art zurückbehalten werden können (JW. 05, 181[31]; 491[12]; vgl. § 369 Anm. 1), und erscheint als ein Ausfluß des Grundsatzes, daß Leistungen so zu bewirken sind, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht

Digitized by Google

auf die Verkehrssitte erfordern (§ 242 BGB.). Daher macht es keinen Unterschied, ob die Leistung in der Hauptsache oder in der Nebensache nur teilweise oder in ungehöriger Art erfolgte, oder ob die erfolgte Leistung nur eine mangelhafte oder unzureichende war; vorausgesetzt in letzterem Fall, daß die Beseitigung der Qualitäts- oder Quantitätsmängel noch möglich ist (RG. 56, 152; OLG. Frankfurt im Recht 03, 550[2768]). Ist die Erfüllung nicht mehr möglich, so findet eine Zurückhaltung nicht mehr statt. Es kann nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung (Braunschweig, OLGR. 8, 38) oder der Rücktritt in Frage kommen (§§ 323 ff. BGB.). Für die Einrede des nichterfüllten Vertrags ist es auch einerlei, ob die schuldige Gegenleistung an einen Dritten infolge einer Abtretung zu machen ist; auch dem Zessionar gegenüber ist die Zurückhaltung zulässig, sollte dieser auch nicht in die Passivseite eingetreten sein (vgl. RG. 55, 403; 51, 170); vorausgesetzt allerdings, daß die beiderseitigen Ansprüche im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung auf Grund eines einheitlichen gegenseitigen Vertrags stehen, und nicht etwa der eine Anspruch auf einer selbständigen Nebenabrede beruht (RG. 54, 123 und in PosMSchr. 05, 1). Auch darf die Sache nicht so liegen, daß der Verkäufer vorzuleisten hat, wie dies § 320 Abs. 1 BGB. auch hervorhebt (RG. 51, 172). Sagt sich der Käufer vom Vertrag los (unten Anm. 86 am Ende), so wird er seiner Rechte aus § 320 Abs. 1 BGB. verlustig. Der Verkäufer kann ohne weiteres seine Rechte aus § 326 BGB. geltend machen (RG. 57, 113). Für den Übersendungskauf (Exk. zu § 372 Anm. 46 ff.) und bei Zahlungsunfähigkeit des Käufers gilt im Fall der Vorleistungspflicht des Verkäufers etwas Besonderes (Exk. vor § 373 Anm. 38 ff.). Exk. zu § 374.

Der hier für die Einrede des nichterfüllten Vertrags geforderte **Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung** ist vorhanden, wenn Anspruch und Gegenanspruch aus einem innerlich zusammengehörigen Rechtsverhältnis entspringen, z. B. aus einem Sukzessivlieferungsvertrag, oder doch sich gegenseitig bedingen (vgl. RG. 57, 5; 56, 176). Es genügt hier nicht, wie beim Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. (hierüber § 369 Anm. 1), ein nach Treu und Glauben zu beurteilender, lediglich wirtschaftlicher Zusammenhang (vgl. RG. 57, 7). Es ist der hier erforderliche Zusammenhang selbstverständlich gegeben, wenn kraft besonderer Vereinbarung der Verkäufer vor Zahlung alter Schulden den neuen Abschluß nicht zu erfüllen braucht (Bolze 9 Nr. 407), oder wenn der Verkäufer Zug um Zug gegen Kasse zu liefern hat. Aber auch dann schon ist dieser Zusammenhang hergestellt, wenn der Käufer bei einem neuen Abschluß zugesagt hat, auf gemachte Lieferungen eines anderen Schlusses alsbald Kasse zu senden (vgl. RG. bei Holdheim 15, 279). Es würde auch den Anschauungen von Treu und Glauben widersprechen, wenn der Verkäufer liefern müßte, der Käufer aber mit seinen Leistungen im Rückstand bleiben dürfte. Anm. 37.

Bei teilweiser Erfüllung darf der Verkäufer, der die Teilleistung angenommen hat, nur soviel zurückhalten, als dem Wert der ausgebliebenen Gegenleistung entspricht; es wäre denn, daß die Vertragseinheit (ROHG. 7, 229; 13, 355; RG. 57, 165) oder das Interesse des Verkäufers nach Treu und Glauben die Weigerung für seine ganze Leistung rechtfertigte (vgl. RG. 54, 165; 56, 152). Es gelten hier die zu § 369 Anm. 56 dargestellten Grundsätze in entsprechender Anwendung (vgl. RG. 61, 133; JW. 84, 274[35]; 02, 634[16]). Ist der ausgebliebene Teil der Leistung des Käufers verhältnismäßig geringfügig, so kann deswegen die Gegenleistung überhaupt nicht verweigert werden, wenn eine Zurückhaltung gegen Treu und Glauben verstoßen würde (§ 320 Abs. 2 BGB.; vgl. oben Anm. 11 u. unten Anm. 76). Es erfolgt alsdann Verurteilung zur Leistung Zug um Zug (RG. 56, 153). Planck § 320 Erl. 4 will gerade aus den Grundsätzen von Treu und Glauben herleiten, daß bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Nichtleistung des rückständigen Teils der vertragstreue Kontrahent trotz der Geringfügigkeit seine ganze Leistung verweigern dürfe. Ein solcher Satz läßt sich nicht aufstellen. Auch bei böswilliger Nichtleistung eines Teiles kommt es auf die Umstände an, ob das Interesse des vertragstreuen Teils an vollständiger Erfüllung so groß ist, daß er überhaupt einstweilen jede Erfüllung ablehnen darf. Nur einstweilen darf die Erfüllung abgelehnt werden mit der Wirkung, daß eine Verurteilung Zug um Zug stattzufinden hat Anm. 38.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. (RG. 56, 252); vorausgesetzt, daß die Einrede des nichterfüllten Vertrags auch in dieser Art vorgebracht ist (Näheres Exk. vor § 373 Anm. 78ff.; vgl. auch unten Anm. 76).

Anm. 39. 2. **Die Voraussetzung und der Inhalt des dreifachen Wahlrechts des Käufers im Falle des Verzuges des Verkäufers.**

a) **Die Voraussetzung des dreifachen Wahlrechts des Käufers ist, daß der Verkäufer mit der Übergabe im Verzuge ist.** Der Verkäufer muß dem Käufer die Sache übergeben und ihm das Eigentum an der Sache verschaffen. Durch beides zusammen erfüllt der Verkäufer seine Hauptverpflichtung, die Gegenleistung für den Kaufpreis. Er muß, so kann man sich treffender ausdrücken, dem Käufer die Sache zum Besitz und Eigentum übergeben. Erst dann ist seine Hauptverpflichtung erfüllt. Verschafft er ihm zwar den Besitz, aber nicht das Eigentum, so ist die Hauptverpflichtung nicht erfüllt (RG. 50, 140). Doch ist hier hauptsächlich nur zu untersuchen, wann die Übergabe als erfüllt gilt. Das Eigentum geht mit derjenigen Übergabe, die hier erforderlich ist, meist von selbst über, sogar wenn der Verkäufer es nicht hatte (vgl. das Nähere Exk. vor § 373 Anm. 56ff.).

Anm. 40. α) **Mit der Übergabe** ist der Verkäufer dann im Verzuge, wenn er dem Käufer nicht den unmittelbaren Besitz der Sache beschafft. Denn darin besteht seine Übergabepflicht. Mit Ersatzübergabe braucht der Käufer sich nicht zu begnügen (Exk. vor § 373 Anm. 56). Beim Kauf gegen Dispositionspapier (Kauf gegen Konnossement) befindet sich der Verkäufer im Übergabeverzuge, wenn er dem Käufer das Dispositionspapier nicht rechtzeitig übergibt (Exk. vor § 373 Anm. 57).

Anm. 41. Hat sich der Käufer allerdings mit der Ersatzübergabe begnügt, hat er die Ware beim Verkäufer liegen lassen mit dem Ersuchen, sie für ihn zu verwahren, und weigert nunmehr der Verkäufer die Herausgabe, oder hindert er nach Übergabe des Dispositionspapiers an den Käufer die rechtzeitige Ankunft oder Ausantwortung der Ware an den Käufer, so liegt Übergabeverzug nicht vor. Verzögert der Verkäufer die hierdurch übernommenen Verpflichtungen, so ist freilich der Käufer nicht schutzlos, aber die Rechte aus § 326 BGB. stehen ihm nicht zu.

Anm. 42. Vom Übergabeverzuge wohl zu unterscheiden ist aber die Lieferung mangelhafter Ware. Man ging früher (RG. 6, 189; Bolze 14 Nr. 449g; 16 Nr. 431) von der an sich gewiß richtigen Ansicht aus, daß bei Lieferung mangelhafter Ware immerhin geliefert ist, wenn auch mangelhaft, während der Leistungsverzug unterlassene Lieferung voraussetzt. Man könnte daher insbesondere beim Kauf einer bestimmten Sache geneigt sein, bei mangelhafter Lieferung nur die Gewährleistungsansprüche nach § 377 HGB. §§ 359ff. BGB. zu geben und allein bei unterlassener Leistung Nichterfüllung anzunehmen und dem § 326 BGB. Raum zu gewähren (so 6./7. Aufl.; 2 § 185 II; Crome, System II § 220 Anm. 4 u. 33). Nach anderer Ansicht (Cosack BR. I § 127 II; Düringer-Hachenburg III 82, 124, 128) soll der Käufer, der die Annahme der mangelhaften Sache ablehnt, auch beim Spezieskauf alle Ansprüche wegen Nichterfüllung, dazu aber auch noch die Wahl unter den Gewährleistungsansprüchen (Wandelung usw.) haben. Im allgemeinen ist jedoch die Entstehung der Gewährleistungsansprüche von dem Übergang der Gefahr abhängig zu machen (RG. 52, 354; 53, 73 u. 91), so daß auch bei einem Wechsel der Gesetzgebung der Augenblick des Gefahrübergangs darüber entscheidet, ob die Kaufsache an einem zur Gewährleistung verpflichtenden Fehler leidet (RG. 55, 206). Der Käufer kann also die angebotene mangelhafte Ware zurückweisen und sich auf den Standpunkt stellen, daß ihm gegenüber der Vertrag überhaupt nicht erfüllt sei (Dernburg II 2 § 185 II; Makower Vorbem. vor §§ 375, 376 S. 1173). Und dies nicht nur, wenn die Ware wertlos war (RG. 53, 90; JW. 00, 856[13]), sondern auch wenn sie nur mangelhaft ist. Daß beim Gattungskauf der Verkäufer in Leistungsverzug bleibt, wenn der Käufer statt der mangelhaft gelieferten Gattungssache eine mangelfreie verlangt und Ersatzware nicht geliefert wird, ergibt sich aus § 480 BGB. (RG. 54, 81; JW. 04, 198[7]).

Digitized by Google

Der Käufer gelangt aber hier, wenn der Sache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder ein Fehler arglistig verschwiegen wurde nach § 480 Abs. 2 BGB. zu einem Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder zum Rücktrittsrecht, ohne zu dem Umweg über § 326 BGB. greifen zu müssen (JW. 05, 17[10]). Der Käufer kann aber auch — und das ist wichtig, wenn keine Eigenschaft zugesichert ist und kein arglistiges Verschweigen vorliegt — die Lieferung als einen erfolglosen Lieferungsverzug betrachten und von § 326 BGB. Gebrauch machen, wenn er die Ware zurückweist und Frist zur Lieferung mangelfreier Ware setzt (RG. im Recht 04, 629[2700]; 05, 15[17]). Die Annahme der Leistung beschränkt den Käufer allerdings lediglich auf seine Gewährleistungsansprüche (JW. 02 Beil. 251[158]; 04, 198[7]). Beim Kauf einer bestimmten Sache begründet die berechtigte Zurückweisung der Kaufsache gleichfalls Leistungsverzug des Verkäufers, der nicht geliefert hat, was er schuldete (vgl. RG. 52, 355). Denn die Haftung für Mängel beginnt erst mit dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 70), also regelmäßig mit Übergabe der Kaufsache. Erst mit diesem Augenblick greifen die Gewährleistungsgrundsätze Platz (RG. 52, 2 u. 355; 53, 73; JW. 02 Beil. 235[110]: Spezieskauf; RG. 52, 354; 53, 91; JW. 05, 230[7]: Gattungskauf). Kommt es zu keiner Übergabe, weil der Käufer die Ware mit Recht zurückweist, so ist Leistungsverzug des Verkäufers vorhanden (vgl. RG. 52, 2 u. 355). Der Käufer kann von § 326 BGB. Gebrauch machen. Das verhält sich auch nicht anders, wenn der Verkäufer die Ware zurückgenommen hat, um andere Ware zu liefern; er bleibt in Leistungsverzug und kann nicht zum Beweis zugelassen werden, daß die zurückgenommene Ware doch vertragsmäßig gewesen sei (vgl. RG. in Holdheim 05, 82). In solcher Zurücknahme kann sogar das außergerichtliche Geständnis der Mangelhaftigkeit liegen (RG. 52, 359).

Exk. zu § 374.

Mit diesen Grundsätzen hat der vielfach angerufene § 53 BörsGes. nichts zu tun. Aus der Begründung zu § 50 des Entwurfs ergibt sich seine Bedeutung dahin, daß beim Börsenterminhandel mit Waren (wozu hier Wertpapiere nicht zählen) Leistungsverzug des Verkäufers mit den Folgen des § 376 HGB. eintreten soll, wenn er an dem von ihm gewählten Leistungstag nicht liefert, mag dieser Tag auch vor das Ende der Lieferfrist fallen.

Beim Übersendungskauf wird eine Ausnahme von diesen Grundsätzen anzunehmen sein. Hat der Verkäufer an einen andern Ort als den Erfüllungsort zu versenden, so ist die Gattungsware mit der Übergabe an die Transportperson zu einer bestimmten geworden (Exk. vor § 373 Anm. 70) und die Gefahr auf den Käufer übergegangen (§ 447 BGB.). Trotzdem gerät der Käufer weder in Annahme- noch in Zahlungsverzug, wenn ihm nicht Gelegenheit zur Prüfung der Ware am Bestimmungsort gegeben wird (Exk. zu § 372 Anm. 46). Weist der Käufer nun die Ware wegen Mangelhaftigkeit mit Recht zurück, so hat der Verkäufer trotz des Gefahrübergangs nicht erfüllt. Der Käufer hat die Rechte aus § 326 BGB. Der Käufer kann aber auch — selbst wenn er gegen Konnossement gekauft hat, und das die Ware vertretende Konnossement übergeben wurde — immer noch die Ware zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 480 Abs. 2 BGB. begehren, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 480 Abs. 2 BGB. gegeben sind (vgl. RG. 52, 358; vgl. RG. 3, 89). Denn hier erfolgt die Annahme des Konnossements und selbst die Zahlung nur unter der Voraussetzung, daß die Ware vertragsmäßig ausfällt (Exk. zu § 372 Anm. 46b).

Darüber wie es sich verhält, wenn die Zurückweisung wegen nur teilweiser Erfüllung erfolgt, siehe unten Anm. 45.

Ob und inwieweit die Lieferung einer andern Sache den Regeln vom Übergabeverzug oder den Regeln von der Lieferung mangelhafter Ware unterliegt, darüber siehe zu §§ 377 u. 378, desgleichen über den Fall, in dem die Lieferung einer anderen als der bedungenen Menge, selbst dann, wenn dies Minderlieferung bedeutet, dennoch nicht als teilweise Nichterfüllung gilt, sondern wie mangelhafte Erfüllung behandelt wird.

Anm. 43.

Digitized by Google

Exk. zu § 374.

β) **Im Verzuge** muß der Verkäufer sein, d. h. er muß die fällige Lieferung schuldhaft unterlassen haben.

Anm. 44. αα) **Die fällige Lieferung** muß er unterlassen haben. Bis zur Fälligkeit gibt es keinen Verzug; ausgenommen, wenn der Verkäufer vorher erklärt hat, er werde zur Zeit der Fälligkeit nicht liefern (oben Anm. 16). Wann die Lieferung der Ware fällig ist, darüber siehe Exk. zu § 372 Anm. 43 ff. Ergänzend ist hier zu bemerken, daß, wenn der Käufer innerhalb einer bestimmten Frist den Lieferungstag zu bestimmen hat, er den Verkäufer vorher benachrichtigen muß; der Verkäufer muß Zeit haben, die Lieferung vorzubereiten, und erst nach Ablauf einer angemessenen Frist ist die Lieferung fällig (ROHG. 5, 413; 6, 361; 9, 271). Eine besondere Erörterung ist aber auch hier, wie oben Anm. 8 ff., bei der Frage nach der Fälligkeit des Kaufpreises, für die Fälle erforderlich, in denen die Ware Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises zu liefern ist. Hier wird die Lieferungspflicht sicherlich dann fällig, wenn der Käufer den Kaufpreis derart tatsächlich anbietet, daß der Verkäufer in der Lage ist, Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises die Ware auszuliefern. Allein die Lieferung wird nicht nur in diesem Falle fällig. Auch hier würde es zu großen Ungerechtigkeiten und Härten führen, so z. B. wenn der Verkäufer im voraus erklärt hat, er werde nicht liefern. Soll in diesem Falle der Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis übersenden müssen? Oder wenn der Verkäufer den Kaufpreis beim Käufer abzuholen hat. Soll in diesem Falle die Lieferungspflicht nicht eher fällig werden, als bis der Käufer dem Verkäufer Gelegenheit gegeben hat, die Ware Zug um Zug gegen Zahlung des Preises zu liefern? Alles das kann nicht gewollt sein. Den Willen des Gesetzes trifft man auch hier dann, wenn man sagt, daß bei Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten die Leistung des Teiles fällig wird, an den die Leistung bewirkt ist (um diesen Fall handelt es sich hier nicht), oder der mit der Annahme der Gegenleistung im Verzuge ist. (Die nähere Begründung und die Beseitigung der Bedenken gegen diese Ansicht, welche aus § 322 BGB. geschöpft werden könnten, siehe oben Anm. 8.) Es genügt also, daß der Verkäufer mit der Annahme des Kaufpreises im Verzuge ist: der Käufer muß bereit und imstande gewesen sein, den Kaufpreis zu zahlen. Er muß seine Bereitschaft regelmäßig dadurch dartun, daß er den Kaufpreis tatsächlich anbietet. Aber ein wörtliches Angebot genügt dann, wenn der Verkäufer ihm erklärt hat, er werde den Kaufpreis nicht annehmen, oder wenn zur Zahlung des Kaufpreises eine Mitwirkung des Verkäufers erforderlich ist, insbesondere wenn er den Kaufpreis beim Käufer abzuholen hat; und auch das wörtliche Angebot ist nicht erforderlich, wenn eine Mitwirkung des Verkäufers erforderlich ist, für diese ein Kalendertag bestimmt und dieser abgelaufen ist. Über alle diese Fälle siehe Näheres oben Anm. 15—17 und § 373 Anm. 11. Selbstverständlich muß der Käufer in den Fällen, in denen er nicht tatsächlich anbietet, auch imstande sein, den Kaufpreis zu zahlen. Denn das gehört zum Annahmeverzug des Verkäufers, und dieser ist ja, wenn der Kaufpreis nicht wirklich gezahlt wird, das mindeste, was zur Fälligkeit der Warenlieferung gefordert wird. Die Beantwortung der Frage, wann der Käufer imstande ist, den Kaufpreis zu zahlen, begegnet keinen Schwierigkeiten. Die Beweislast, daß der Käufer nicht imstande gewesen sei, den Kaufpreis zu zahlen, trifft den Verkäufer (vgl. § 373 Anm. 17).

Anm. 45. ββ) **Unterlassen** muß der Verkäufer die Lieferung. Liefert er, wenn auch mangelhaft, so kommt es darauf an, ob deshalb die Annahme verweigert worden ist (hierüber oben Anm. 42). Es muß nicht gerade die ganze Leistung ausbleiben. Auch Teilleistungen braucht der Käufer nicht anzunehmen (§ 266 BGB.; vgl. hierüber § 373 Anm. 14 u. 36). Eine Teilleistung ist nicht nur dann vorhanden, wenn weniger, als geschuldet ist, in der Absicht späterer Nachlieferung des Rests angeboten wird, sondern auch dann, wenn die Leistung eines Teiles mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung erfolgt, es solle oder könne der Rest nicht nachgeliefert werden. Ist die Teilleistung zurückgewiesen, weil der Vertrag nur ganz erfüllt werden konnte, so verhält sich die Sache gerade so, wie

Digitized by Google

wenn der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt hätte. Ist die Teilleistung als Vollleistung angeboten und angenommen, so greifen die Gewährleistungsgrundsätze Platz; bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft bedarf es zur Erhaltung dieser Rechte der Mängelrüge. Denn nach § 378 enthält eine Teilleistung einen Quantitätsmangel der als Vollleistung angebotenen Leistung. Das Reichsgericht hat zwar in Holdheim 15, 111 ausgesprochen, jede unvollständige Lieferung sei eine Teilleistung, die nach § 266 BGB. nicht angenommen zu werden brauche, und enthalte keine Qualitätsdifferenz, gleichviel, ob Nachlieferung in Aussicht gestellt worden sei oder nicht. Dem kann nicht beigetreten werden. Die als Vollleistung angebotene Teilleistung enthält immer einen dem Qualitätsmangel gleich zu behandelnden Quantitätsmangel, der der Rüge bedarf. Der Schuldner hat zu beweisen, daß er zu Teilleistungen berechtigt ist, nicht der Gläubiger, daß der Vertrag nur einheitliche Erfüllung zulasse (Rosenberg, ACivPr. 94, 101). Eine Teilleistung darf nicht zurückgewiesen werden, wenn der fehlende Teil nach Umfang und Bedeutung für den Käufer so geringfügig ist, daß eine Zurückweisung gegen Treu und Glauben verstoßen würde (s. oben Anm. 11). Erk. zu § 374.

Über den Fall, wenn der Käufer eine Teilleistung als solche angenommen hat und der Verkäufer nun mit dem Rest in Verzug gerät, siehe unten Anm. 126 ff. und über Sukzessivlieferungsverträge unten Anm. 135 ff. Die Verfügung des Käufers über eine quantitativ unvollständige Leistung enthebt den Verkäufer nicht des Beweises, daß die Leistung vollständig gemacht oder als Vollleistung angenommen worden ist (JW. 90, 206[20]).

77) **Schuldhaft** muß der Verkäufer die Lieferung unterlassen haben. Dazu gehört zunächst, daß die Lieferung infolge von Umständen unterblieben ist, die er vertreten muß. Diese Umstände brauchen nicht etwa erst nach dem Vertragsschluß eingetreten zu sein. Auch bleibt es sich gleich, ob der Verkäufer die Hindernisse, die sich seiner rechtzeitigen Erfüllung entgegenstellen, erst nach Vertragsschluß erfährt. Er kann nicht einwenden, sein Lieferant sei in Konkurs geraten oder habe die Ware versetzt; denn das sind keine Vorfälle, die außerhalb seiner Macht liegen. Der Verkäufer muß sich vorsehen, bei wem er bestellt. Er kann auch nicht einwenden, die vom Käufer wegen Mängel mit Recht abgelehnte Kaufsache sei ihm im Zwangsweg versteigert (RG. 59, 150) und ebensowenig, er selbst habe die Kaufsache anderweit veräußert (RG. 31, 184; 32, 131; 52, 94). Eine solche vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit verhindert seine Verurteilung zur Erfüllung nicht (RG. 54, 28; vgl. RG. 27, 322; JW. 93, 430[25]). Anm. 46.

Zu vertreten hat der Verkäufer Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst, seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient (§§ 276, 278 BGB.; s. § 347 Anm. 12 ff.). Hat der Verkäufer z. B. frei Schiff eines Hafenplatzes zu liefern, so ist der Spediteur, dessen er sich zur Einladung bedient, sein Erfüllungsgehilfe, wenn nicht ausnahmsweise der Käufer die Einladungsgefahr trägt; er kann sich nicht durch den Nachweis gehöriger Auswahl des Frachtführers nach § 831 BGB. entschuldigen.

Handelt es sich um einen Gattungskauf, so hat der Verkäufer sein Unvermögen zur Lieferung auch dann zu vertreten, wenn ihn kein Verschulden trifft, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist (§ 279 BGB.), oder billigerweise zugemutet werden kann. Daß ihm die Beschaffung nur mit großen unverhältnismäßigen Kosten möglich oder nach seinen pekuniären Verhältnissen ganz unmöglich ist, bleibt sich gleich. Diese subjektive Unmöglichkeit hat er eben zu vertreten, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, solange die Leistung aus der Gattung noch objektiv möglich ist: es genügt aber der Nachweis der Ungewißheit, ob Gegenstände der fraglichen Gattung noch vorhanden sind, oder Gewißheit, daß deren Beschaffung jedenfalls mit so großen außergewöhnlichen Schwierigkeiten verknüpft ist, daß nach der Verkehrsauffassung diese Schwierigkeit der objektiven Unmöglichkeit gleichzustellen ist (OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 Hptbl. Nr. 87). Auch kann dem Verkäufer nicht ein Nachforschen auf allen Märkten des In- und Auslandes angesonnen werden, wenn die Ware einer bestimmten Marke infolge Eingehens der Fabrik vom Markte völlig verschwunden ist (RG. 57, 119). Wenn bei Vereinbarung eines bestimmten Ausladungsmonats ab eines Anm. 47.

Digitized by Google

Exk. zu § 374.

bestimmten Auslandshafens die Lieferung in diesem Monat objektiv unmöglich war, so ist sogar völlige Befreiung im Zweifel als Parteiwille anzunehmen (RG. in SeuffA. 57 Nr. 236; JW. 02 Beil. 229[92]). Streik (JW. 05, 388[6]), Wassermangel, Krieg, Feuersbrunst (RG. 28, 220), Wagenmangel entschuldigen nicht, weil sich der Verkäufer die Gattungsware regelmäßig anderweit beschaffen kann und beschaffen muß (vgl. RG. 57, 403). Auch der Verkauf der Fabrik, deren Fabrikat der Verkäufer liefern soll, befreit regelmäßig nicht. In allen diesen Fällen kommt der Lieferant also trotz jener in seinen Betrieb tief einschneidenden Hindernisse in Verzug, wenn nicht ein entgegengesetzter Parteiwille anzunehmen ist. Letzteres ist z. B. anzunehmen, wenn der Verkäufer infolge eines Notstandes, hervorgerufen dadurch, daß der Verkäufer, um sein Geschäft überhaupt noch fortbetreiben zu können, einem Auslandskartell sich unterwerfen mußte und nun die kartellierte Ware nicht mehr liefern kann, oder wenn die gesamte Jahresproduktion unter der Klausel „Betriebsstörungen vorbehalten" verkauft ist. Für die Dauer der Betriebsstörung befreit diese Klausel im Zweifel endgültig von der Nachlieferung der ausgefallenen Mengen (ROHG. 13, 434).

Anm. 48.

Handelt es sich aber um den Kauf einer bestimmten Sache, so liegt die Sache anders. In diesem Falle hat der Verkäufer sein Unvermögen dann nicht zu vertreten, wenn ihn und seinen Erfüllungsgehilfen ein Verschulden nicht trifft, d. h. wenn ein Hindernis eingetreten ist, dessen Eintritt nicht vorausfehbar und dessen Wirkung nicht abzuwenden war. Streik, Wagenmangel und sonstige Hindernisse werden daher unter dieser Voraussetzung — aber nur unter dieser, nicht ohne weiteres deshalb, weil sie große Schwierigkeiten der Erfüllung im Gefolge haben — Entschuldigungsgründe sein und den Verzug ausschließen (vgl. RG. 28, 222). Auch hierbei ist zu beachten, daß solche Hindernisse oft nur die Verzögerung entschuldigen, nicht eine Unmöglichkeit der Erfüllung überhaupt begründen. Nach Wiederaufbau der Fabrik, nach Beendigung des Streiks, nach beseitigtem Wagen- oder Wassermangel muß die verzögerte Lieferung aufgenommen und geleistet werden (ROHG. 9, 123; 10, 293; RG. 47, 307; JW. 05, 388[6]). Eine Verpflichtung zum Wiederaufbau der vernichteten Fabrik besteht nicht. Das Unterlassen alsbaldiger Anzeige von den Ursachen der Nichtlieferung macht den Verzug noch nicht zum schuldhaften (JW. 85, 251[7]).

Anm. 49.

Objektive Unmöglichkeit der Leistung würde nur dann vorliegen, wenn das Hindernis die ganze vertragliche Lieferfrist hindurch dauert und nach dem Parteiwillen die Erfüllung auf die Lieferungsfrist beschränkt ist, wie z. B. bei Bierlieferungen für ein Restaurant (ROHG. 7, 387; 9, 1; 10, 294; Bolze 14 Nr. 449i), oder wenn mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung der zeitweiligen Unmöglichkeit diese einer dauernden und damit der gänzlichen Unmöglichkeit gleichzustellen ist (RG. 5, 279; JW. 89, 345[6]; vgl. JW. 05. 718[9]). Ein vorübergehendes Erfüllungshindernis wird so zum dauernden z. B. bei Ungewißheit, ob durch den bis zum Wiederaufbau der abgebrannten Fabrik und deren Inbetriebsetzung deren Fabrikate nicht überhaupt die Fähigkeit verloren haben, zur Vertragserfüllung zu dienen (RG. 42, 114; vgl. JW. 07, 159[45]), oder wenn infolge von Aktienzusammenlegung die versprochenen Aktienurkunden in absehbarer Zeit nicht mehr geliefert werden können (RG. 52, 416), oder wenn infolge einer Fusion und Firmenerlöschung eine Brauerei das durch seine Herkunft bekannte Bier nicht mehr liefern kann, oder wenn infolge erzwungener Löschung der Firma nun deren Ware, die gerade durch die der Firma entnommene Bezeichnung verkäuflich war, nicht mehr unter der alten Firma abgesetzt werden darf. Diese Unmöglichkeit hat alsdann der Verkäufer nach § 325 BGB. zu vertreten (RG. im Recht 04, 165[788]). Eine nur vorübergehende Unmöglichkeit liegt vor, wenn nach Beseitigung des Hindernisses nach der ganzen Natur des Vertragsverhältnisses und den Lieferungsbedingungen die völlig vertragsmäßige Lieferung geschehen kann, wie z. B., wenn zu Tagespreisen zu liefern und die baldige Wiederaufnahme des Betriebs einer abgebrannten Fabrik in Aussicht steht. Aufgabe der Fabrik wegen nicht lohnenden Betriebs hat natürlich

Digitized by Google

der Lieferant zu vertreten, selbst wenn neue unvorhergesehene Zölle diesen Schritt veranlaßt haben (RG. bei Puchelt Art. 255 Anm. 4). Eine zwischen Vertragsabschluß und Erfüllung erfolgende Einführung oder Erhöhung einer Steuer trifft überhaupt den Verkäufer und gibt ihm keinen Grund zum Rücktritt oder zur Erhöhung des Kaufpreises (RG. 21, 180). Die entgegengesetzte Rechtsprechung (RG. 22, 81; Bolze 11 Nr. 398) bezog sich auf die in das BGB. nicht aufgenommenen Vorschriften des preuß. Rechts über veränderte Umstände und war überdies auch nach diesen bedenklich. In den Fällen, in denen dem Verkäufer hiernach die Lieferung infolge eines Umstandes unmöglich ist, den er nicht zu vertreten hat, greifen die §§ 323 und 324 BGB. Platz, d. h. er verliert den Anspruch auf die Gegenleistung für den Fall, daß auch der Käufer den Umstand nicht zu vertreten hat; er behält den Anspruch, wenn der Käufer den Umstand zu vertreten hat. (Das Nähere hierüber kann hier nicht erörtert werden.) Erl. zu § 374.

Unrichtige Vertragsauslegung und Unkenntnis der Schuld entschuldigt regelmäßig nicht (oben Anm. 13), wohl aber ist der Verkäufer entschuldigt, wenn er wegen berechtigter Zweifel über den Abschluß des Vertrags, also nicht wegen Meinungsverschiedenheiten über Zahlungsweise, Zulässigkeit von Reklamationen und dgl. hinsichtlich des unstreitig zustandegekommenen Vertrags, bis zur Aufklärung mit seinen Leistungen einhält (RG. 36, 43). Stellt sich nachträglich heraus, daß eine als zur Erfüllung geeignet angesehene Leistung dazu ungeeignet ist, so setzt sich von dem Augenblick an, in dem der Schuldner dies erfährt, der unverschuldete Verzug in einen schuldhaften um.

Weiter aber gehört zur schuldhaften Unterlassung eine Mahnung. Das Nähere über die Mahnung siehe oben Anm. 15, wo auseinandergesetzt ist, ob sie an eine Form gebunden ist; daß sie dem andern Teil zugehen muß; ob sie den geforderten Anspruch ganz genau enthalten muß und sonst unwirksam ist; ob sie auch vor der Fälligkeit erfolgen kann oder wenigstens bei der Fälligkeit und insbesondere auch durch die Erklärungen und Rechtshandlungen, welche auch die Fälligkeit begründen, z. B. Anbietung des Kaufpreises und Forderung der Lieferung. Anm. 50.

Hinzuzufügen ist, daß die Mahnung dadurch überflüssig wird, daß der Verkäufer im voraus ernstlich erklärt hat, er werde nicht liefern. Schon nach früherem Recht wurde dies angenommen (ROHG. 9, 126; 12, 62; RG. 4, 69; 5, 103, 7, 44 u. 241). Der § 284 BGB., der zur Verzugssetzung eine nach der Fälligkeit stattfindende Mahnung fordert, steht nicht entgegen. Der Schuldner enthebt den Gläubiger durch ein solches Verhalten jeder weiteren Tätigkeit der Verzugsetzung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB. § 346). Man kann diesen Satz auch dahin ausdrücken, daß der Schuldner auf Mahnung verzichtet oder sich selbst in Verzng gesetzt hat, oder dahin, daß eine Mahnung unter solchen Umständen zwecklos ist (RG. 51, 347; 52, 150; 57, 112; JW. 02, 28[23] u. 80[15] u. Beil. 252[161]; a. M. 6./7. Aufl.; Planck § 284 Erl. 4 i will dies keinesfalls für den nichtkaufmännischen Verkehr gelten lassen). Hatte der Käufer vorzuleisten, so muß er entweder selbst geleistet oder den Verkäufer nach §§ 295, 296 BGB. in Annahmeverzug versetzt haben, also selbst erfüllungsbereit gewesen sein (vgl. JW. 02, Beil. 252[161] u. oben Anm. 16 u. 26). Anders liegt die Sache nur, wenn der Verkäufer von vornherein erklärt hat, er werde nicht liefern, und daraus die Folgen positiver Vertragsverletzung abgeleitet werden. Der Käufer darf dann als sicher annehmen, daß Verkäufer auch im Falle der Zahlung nicht liefern werde; er braucht nicht zu zahlen (vgl. RG. 57, 113). Der Verkäufer hat auf seine Rechte aus § 320 BGB. wie auf Mahnung verzichtet. Über positive Vertragsverletzung s. unten Anm. 172 ff. Anm. 51.

Ferner wird die Mahnung dadurch überflüssig, daß für die Lieferung ein Kalendertag bestimmt ist. Liefert der Verkäufer an dem für die Lieferung bestimmten Tage nicht, so kommt er in Verzug, wenn die übrigen Voraussetzungen vorhanden sind (vgl. oben Anm. 17). Anm. 52

Digitized by Google

Exk. zu § 374. δδ) **Wegen der Beweislast hinsichtlich der den Verzug begründenden Tatsachen** siehe oben Anm. 18 u. Anm. 44.

Anm. 53. Anm. 54. b) **Der Inhalt des dreifachen Wahlrechts im Falle des Verzuges des Verkäufers: die drei zur Wahl gestellten Rechte.**

aa) Welches sind die Rechte, zwischen denen der Käufer wählen darf?

Auch hier sind es gemäß § 326 BGB. folgende drei Rechte: Das Recht auf Lieferung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung; das Recht auf Schadensersatz wegen nicht erfolgter Lieferung; und endlich das Recht des Rücktritts (oben Anm. 2. Im Grunde genommen auch noch ein viertes Recht: das Recht der Zurückbehaltung des Kaufpreises, siehe unten Anm. 76).

Anm. 55. bb) **Insbesondere das Recht auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.**

α) Das Recht auf Erfüllung d. h. auf Lieferung. Über dieses Recht, den Erfüllungsort, die gerichtliche Geltendmachung usw. siehe Exk. vor § 373 Anm. 56—61 u. 83.

Anm. 56. β) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Dieses Recht ist von dem Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wohl zu unterscheiden. Das letztere wird unten Anm. 57ff. behandelt. Beide Rechte sind miteinander durchaus unvereinbar (RG. 50, 262; 57, 106; JW. 04, 171[12]). Der Übergang vom einen zum andern ist Klageänderung (RG. 52, 94; JW. 99, 224[8]). Der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung besteht bei Waren, die einen Marktpreis haben, mindestens in dem Unterschied zwischen dem Marktpreise zur Zeit des eingetretenen Verzuges und dem geringeren Marktpreise zur Zeit der erfolgten Lieferung, nicht in dem Unterschied zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreise am Tage des eingetretenen Verzuges, weil der Käufer ja die Ware erhält und sein Interesse nur in dem Unterschiede besteht zwischen dem, was er jetzt hat, und dem, was er bei rechtzeitiger Lieferung gehabt haben würde (ROHG. 24, 155; RG. 4, 6; 14, 112; Bolze 18 Nr. 466). Dieser Unterschied ist das Geringste, was er verlangen kann. Er ist nicht verpflichtet, sich um einen Deckungskauf zu bemühen, darf aber andererseits eine Deckungsgelegenheit nicht ablehnen (LG. Hamburg in ZHR. 40, 520; § 254 BGB.; s. § 347 Anm. 12ff.). Er kann auch nachweisen, daß sein Schaden ein größerer ist (JW. 98, 669[36]). Auch ist hiernach ein Deckungskauf nicht durchaus ausgeschlossen (vgl. RG. 14, 112), auch Vertragsstrafen wegen verspäteter Lieferung kann der Käufer geltend machen, wenn er sie seinen Kunden gegenüber verwirkt hat. Doch liegt konkurrierendes Verschen vor, wenn er auf eine zu hohe Vertragsstrafe oder darauf den Käufer nicht aufmerksam gemacht hat, daß des Verkäufers Lieferung zur Erfüllung eines langfristigen Vertrags dienen soll, der durch Säumnis in die Brüche gehe; d. h. der Käufer darf den Verkäufer über die volle Tragweite seines Verzugs nicht im unklaren lassen (RG. in LZ. 07, 54[8]; § 254 BGB.). In der vorbehaltlosen Annahme der verspäteten Lieferung allein liegt kein Verzicht auf den Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verspätung (RG. 1, 21; 43, 268; Bolze 21 Nr. 481; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 519 u. 520), wohl aber, wenn vorbehaltlose Zahlung des Kaufpreises hinzutritt (ROHG. 3, 274; Exk. vor § 373 Anm. 86). Ist an die verspätete Lieferung eine Vertragsstrafe geknüpft, so liegt in der vorbehaltlosen Annahme der verspäteten Lieferung der Verzicht auf die Strafe (§ 341 Abs. 3 BGB.; § 348 Anm. 19). Dem Verkäufer ist der Einwand gestattet, daß der Käufer keinen Schaden gehabt hätte, wenn er über die Ware in einer durch die Umstände angezeigten Weise verfügt hätte (§ 254 BGB.; JW. 98, 669[36]). Ist dem Käufer durch die Verspätung auch ein Vorteil erwachsen, so muß er bei der Schadensberechnung in Anschlag gebracht werden (RG. 40, 176).

Anm. 57. cc) **Insbesondere das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Auch diesen Anspruch macht der Käufer auf Grund des Vertrages geltend, er realisiert mit ihm den Vertrag nach einer bestimmten Richtung (RG. 10, 180), doch ist es nicht das Recht auf die eigentliche Erfüllung, das der Käufer damit geltend macht. Der Käufer schuldet daher,

Digitized by Google

wenn er dieses Recht wählt, wie er das Recht auf Lieferung verliert, auch seinerseits den Kaufpreis nicht (oben Anm. 24ff.). Der Kaufpreis bildet nur einen Rechnungsfaktor (s. RG. 58, 174; 57, 106). Der Käufer braucht infolge dieser Umwandlung des ganzen Rechtsverhältnisses die nachträgliche Lieferung des Verkäufers nicht anzunehmen. Gewährt das nachträgliche Anerbieten dem Käufer jedoch alles, wofür der Verkäufer verantwortlich gemacht werden konnte, so kann doch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) eine Pflicht zur Empfangnahme entstehen (RG. in SeuffA. 39, 62). Exk. zu § 374.

Der Schadensersatz geht nur auf Geld (oben Anm. 25). Er besteht in dem Nachteil, der dem Käufer durch die Nichtlieferung zur Lieferungszeit erwächst, nicht in dem weiteren Nachteil, der ihm durch den Nichtbesitz der Ware seit dem Erfüllungstage entsteht. Denn auf diesen Besitz verzichtet er ja und wählt statt dessen Schadensersatz (ROHG. 6, 194). Überhaupt kann er neben dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht auch noch Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen (ROHG. 13, 425; RG. 50, 262; 57, 106; JW. 04, 171[12]), insbesondere also auch nicht eine Vertragsstrafe wegen verzögerter Erfüllung (ROHG. 13, 425; RG. 2, 29). Diese Strafe geht nach §§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 BGB. im Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf und bildet dort einen Rechnungsposten. Die Strafe stellt alsdann den mindesten zu beanspruchenden Schaden wegen Nichterfüllung dar. Der Übergang vom Anspruch auf Erfüllung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist eine Klageänderung. Beide Rechte sind überhaupt nicht nebeneinander möglich (oben Anm. 56). Anm. 58.

Den Schadensersatz kann, wie nicht zweifelhaft ist, der Käufer in jeder sachgemäßen Art geltend machen: Er kann den abstrakten und den konkreten Schaden berechnen. Er kann auch zwischen diesen beiden Arten wählen, ohne daß er an die einmal getroffene Wahl gebunden wäre (RG. in Holdheim 15, 256; weiteres unten Anm. 108ff.). Anm. 59.

a) **Der abstrakte Schaden.** Jedenfalls und als Geringstes steht dem Käufer der Anspruch zu auf Zahlung der Differenz zwischen dem Kontraktpreise und dem Marktpreise zur Zeit und am Orte der schuldigen Lieferung. Das ist der Schaden, den der Käufer an dem Werte der Sache unmittelbar erleidet. Zwar ist der Grundsatz, daß dieser Preisunterschied zu erstatten ist, nur im § 376 ausgesprochen. Aber derselbe Gedanke ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen auch hier und ist von der Rechtsprechung bei Anwendung des früheren Art. 355 stets vertreten worden (ROHG. 7, 377; 9, 348; 10, 150 u. 170; 11, 169; 14, 142; 17, 257; 21, 248; 24, 153; RG. 1, 241; 6, 26 u. 59; Bolze 10 Nr. 490), und nun in RG. 58, 327 ausdrücklich anerkannt. Besondere Umstände können jedoch dazu führen, daß die Ware zum Marktpreis nicht hätte verkauft werden können. Diese Umstände hat der Verkäufer zu beweisen. Als Regel ist aber anzunehmen, daß Ware, die einen Marktpreis hat, auch zu diesem Preise verkauft werden konnte. Unter dem Marktpreise ist hierbei der zu verstehen, den der Käufer beim Weiterverkauf hätte erzielen können, nicht etwa nur der, zu welchem er hätte die Ware kaufen müssen, wenn er sich gedeckt hätte. Auch sonstige Vorteile, die er durch den Verkauf gehabt hätte, z. B. Ausfuhrprämien kann er in den abstrakten Schaden hineinrechnen. Den so berechneten Unterschied kann der Käufer als das Mindeste verlangen. Der Verkäufer kann nicht einwenden, daß er sich tatsächlich billiger gedeckt habe (ROHG. 24, 155; RG. 4, 3), noch weniger, daß er sich billiger hätte decken können. Der Hinweis auf § 254 BGB. ändert hieran nichts. Denn, wenn der Käufer wirklich dieselbe Ware anderweit kauft, so hat der Verkäufer kein Recht, zu verlangen, daß dieser Kauf als Deckung der von ihm nicht gelieferten Ware betrachtet werde. Vielmehr hat dann der Käufer ein Quantum gleicher Ware anderweit gekauft. Hätte der Verkäufer seine Ware außerdem geliefert, so würde der Käufer, da sie überhaupt marktgängig ist, auch dieses Quantum verkauft haben. Bei Berechnung des konkreten Schadens kann die Vornahme des Deckungsgeschäfts als eine allgemeine Pflicht bezeichnet werden, aber nicht für die Berechnung des abstrakten Schadens bei marktgängiger Ware (Staub DJZ. 6, 160; dagegen Broh ebenda 234). Anm. 60.

Digitized by Google

Exk. zu § 374.

Doch bedarf dieser Satz der Einschränkung. Wird ein besonders hoher Schaden beansprucht, so mußte der Käufer seinen Gegner nicht allein auf diese Möglichkeit hinweisen, sondern es kann ihm unter Umständen sogar ein rechtzeitiger Deckungskauf angesonnen werden (OLG. Hamburg SeuffA. 60, 346). Dies dann, wenn für den Käufer dringende Veranlassung bestand, einer Ausdehnung des Schadens vorzubeugen (JW. 03, Beil. 121[267]). Entscheidend ist eben überall die im Verkehr aufzuwendende Sorgfalt. Dazu gehört auch das Vermeiden eigenen mitwirkenden Verschuldens (§ 347 Anm. 12ff.). Und überall findet freie Schadensschätzung nach § 287 CPO. statt. Daher kann jederzeit von der abstrakten zur konkreten Schadensrechnung übergegangen werden (oben Anm. 59 u. unten Anm. 108ff.).

Anm. 61.

Diese abstrakte Schadensberechnung beschränkt sich übrigens nicht auf Waren, die einen Marktpreis haben, vielmehr hat sie die Rechtsprechung auf alle Waren ausgedehnt, welche den Gegenstand des Handelsverkehrs bilden. Sie hat bei allen Waren, die keinen Marktpreis haben, bis zum Beweis des Gegenteils ihre Verkäuflichkeit angenommen, so daß der Käufer nicht nachzuweisen braucht, er habe Abnehmer für die Ware gehabt. Es ist also in diesem Falle der Schaden aus dem Unterschied zwischen Vertragspreis und Verkaufswert zu berechnen (RG. 4, 3: Bolze 7 Nr. 571; 10 Nr. 813; vgl. ROHG. 11, 183 u. § 347 Anm. 20).

Die zwei Berechnungsmethoden, wenn nämlich die Ware einen Marktpreis hat (oben Anm. 60), und wenn an Stelle des Marktpreises der Verkäuflichkeitswert tritt, sind auseinanderzuhalten. Es bedarf daher jeweils der Feststellung, ob der Marktpreis oder der Verkäuflichkeitspreis die Grundlage der Schadensberechnung bildet. Erst durch diese Feststellung wird die Grundlage zur Schadensschätzung nach § 287 CPO. gewonnen. Wird z. B. eine Ware mit Warenskonto (Exk. zu § 359 Anm. 14) auf die normalen Grundpreise verkauft, so ist das Skonto nicht ohne weiteres der abstrakte Schaden. Es bedarf der Ermittlung, ob das Skonto den Verkäuflichkeitswert im voraus unbedingt oder nur vorbehaltlich des Gegenbeweises bestimmen sollte. Hat der Verkäufer dem Käufer einen bestimmten Verkäuflichkeitswert zugesichert, so bedarf es allerdings keiner Ermittlung mehr; aber dann ist die Schadensberechnung nicht mehr die abstrakte, sondern die konkrete.

Anm. 62.

Zugrunde zu legen ist **der Marktpreis zur Zeit der geschuldeten Lieferung** (ROHG. 3, 95; 14, 8; 15, 336; RG. 6, 59; Bolze 10 Nr. 467; JW. 03, 156[14]), wobei natürlich eine, wenn auch nur stillschweigend erfolgte Verlängerung der Lieferungsfrist von Einfluß ist (ROHG. 18, 217). Die Zeit der geschuldeten Lieferung ist der Tag, an dem die Ware spätestens geliefert werden sollte, also regelmäßig der Eintritt des Verzuges (ROHG. 15, 336; Bolze 10 Nr. 467; JW. 04, 121[25]). Wenn aber auf Grund des § 326 BGB. eine Nachfrist gewährt worden ist, so kann der Preis, welcher beim Ablauf dieser Frist marktgängig war, zugrunde gelegt werden. Unter der Herrschaft des früheren Rechts wurde vorausgesetzt, daß zur Bewilligung dieser Frist eine Pflicht oder mindestens ein gerechtfertigter Anlaß vorlag, während der Käufer durch unbefugte Setzung einer Frist die Lage des Verkäufers nicht verschlechtern darf (ROHG. 11, 184; 13, 246; RG. 5, 104; Bolze 16 Nr. 422). Das kann jetzt nicht mehr aufrecht erhalten werden. Die Fristbestimmung ist im § 326 Abs. 1 BGB. grundsätzlich geboten. Auch in dem Ausnahmefalle des § 326 Abs. 2 (vgl. unten Anm. 101) ist es dem Gläubiger nur gestattet, von der Fristbestimmung abzusehen. Der säumige Schuldner kann sich auch in diesem Ausnahmefalle nicht beschweren, daß ihm der Gläubiger eine Frist gesetzt hat, um das Versäumte nachzuholen — vorausgesetzt, daß von Setzung der Nachfrist bei verständiger Würdigung des Falles nach den Grundsätzen von Treu und Glauben noch ein Erfolg zu erwarten war, oder der Käufer sich volle Gewißheit über den Standpunkt des Verkäufers verschaffen wollte (RG. 5, 103; JW. 04, 121[25]; vgl. RG. in Holdheim 14, 219). Die Nachfrist darf also dem Vertragsgegner nicht zum Nachteil gereichen; der Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem Marktpreise bei Beginn des Lieferungsverzuges ist das Mindeste, was er zu be-

Digitized by Google

anspruchen hat (ROHG. 11, 182: RG. 6, 59; SeuffA. 38, 75 — denn der Schaden ist auf den Tag der geschuldeten Lieferung zu berechnen und das ist regelmäßig der Tag des Vorzugs). Der Käufer kann aber auch das Ende der Nachfrist für seine Schadensrechnung wählen. Denn in diesem Zeitpunkt steht es endgültig fest, daß der Vertrag nicht zum Vollzug gelangt (RG. 50, 262 u. 269; 60, 346; JW. 05, 338[6]). Mit anderen Worten: der Käufer hat die Wahl, ob er seiner abstrakten Schadensberechnung den Marktpreis zur Zeit des eingetretenen Verzuges oder den Marktpreis am Ende einer Nachfrist zugrunde legen will (ROHG. 11, 182). Auch hinsichtlich dieses Zeitpunktes kommt § 287 CPO. in Betracht. Exk. zu § 374.

Im Falle ernstlicher Weigerung der Erfüllung (unten Anm. 84; oben Anm. 51). In diesem Falle kann der vertragstreue Teil schon vor Ablauf der Lieferzeit seine Erklärung abgeben und sich vorher decken (RG. 4, 69; 52, 150; JW. 86, 149[19]). Es wäre denn, daß der Verkäufer nachzuweisen vermöchte, daß der Käufer sich am Ende der Lieferzeit billiger hätte decken können (RG. 4, 71; 52, 150). Dieser Einwand versagt jedoch, wenn für den Käufer ein besonderes Interesse vorhanden war, sich, wie geschehen, zu decken; z. B. wenn er seinerseits wieder rechtzeitig liefern mußte u. dgl. Dadurch wird der Grundsatz nicht beeinträchtigt, daß die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung auch im Falle der Erfüllungsweigerung nach den Bestimmungen des Lieferungsvertrags zu geschehen hat (RG. 57, 114; vgl. auch unten Anm. 69). Aber noch etwas anderes muß angenommen werden. Der vertragstreue Teil kann bei ernstlicher Weigerung des Vertragsgegners zunächst sein Recht auf Erfüllung geltend machen und kann auch dann noch auf seine Rechte aus § 326 BGB. greifen (unten Anm. 98). Demgemäß kann er der konkreten Deckungsberechnung den Tag zugrunde legen, an dem er sich entschließt, die Rechte aus § 326 BGB. geltend zu machen, auch wenn er dies erst später dem andern Teil anzeigt. Dieser ist in fortgesetztem Verzuge. Es braucht ihm keine Nachfrist gesetzt zu werden; also muß er sich jeden Augenblick gefallen lassen, daß der vertragstreue Teil, ohne ihm davon Mitteilung zu machen, seinen abstrakten Schaden aufmacht (vgl. JW. 01, 308[14]). Kann der vertragstreue Teil dem Gegner, der die Erfüllung weigert, eine Nachfrist setzen, um alsdann den Schaden je nach der Marktlage auf den Verzugstag oder auf das Ende der Nachfrist zu berechnen? Hierüber siehe unten Anm. 85. Die ernstliche Erfüllungsweigerung ändert noch nicht die Voraussetzungen des Verzugs (oben Anm. 26 und unten Anm. 86). Wenn der Käufer aber erklärt, er annulliere die Order oder er bestreite, sie erteilt zu haben, so sagt er sich vom Vertrag völlig los. Es kann der Verkäufer, selbst wenn er vorzuleisten hatte, ohne weiteres, weil eine positive Vertragsverletzung vorliegt, von dem Wahlrecht nach § 326 Abs. 1 BGB. Gebrauch machen. Er braucht die Ware nicht erst noch zu liefern (oben Anm. 26 am Ende). Über positive Vertragsverletzungen siehe unten Anm. 172 ff. Anm. 63.

Zugrunde zu legen ist **der Marktpreis am Orte der geschuldeten Lieferung**, d. i. am Lieferungsort (zu unterscheiden vom Erfüllungsort), d. h. am Ort, an dem nach Absicht der Vertragschließenden die Ware tatsächlich abgeliefert und vom Käufer in Empfang genommen werden soll (Exk. zu § 372 Anm. 4 ff. und § 377). An diesem Orte würde der Käufer die Ware zu seinen Geschäftszwecken verwendet haben; hier wird er also beim Ausbleiben der Ware geschädigt (ROHG. 3, 96; 14, 7; 21, 248; RG. 6, 27). Es kann jedoch auch der davon verschiedene Bestimmungsort zugrunde gelegt werden, d. h. der Ort, wohin der Käufer die Ware bestimmt hatte, jedoch unter Abzug der Transportkosten vom Ablieferungs- zum Bestimmungsorte (ROHG. 21, 249; 24, 332; Bolze 9 Nr. 410); ja nicht nur der bestimmte Ort, sondern auch der Ort, den der Käufer bestimmt haben würde, wenn der Verkäufer sich nicht geweigert hätte, zu erfüllen, kann zugrunde gelegt werden (Bolze 9 Nr. 410). Ist der Ablieferungsort ein unbedeutender Platz ohne eigenen Marktpreis, so gelten die Preise des nächsten maßgebenden Handelsplatzes unter Zuschlag der Fracht (ROHG. 14, 140), wobei es unerheblich ist, daß der nächste maßgebende Handelsplatz im Auslande liegt. Es ist schon angenommen worden, daß der Käufer, wie er auf Anm. 64.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. die Übersendung vom Erfüllungsort nach dem Ablieferungsort verzichten kann, so auch im Falle der Nichterfüllung den Schadensersatz nach dem Unterschiede zwischen dem Kaufpreise und dem Marktpreise des Erfüllungsortes berechnen kann (Bolze 17 Nr. 460). Die Entscheidung ist bedenklich (vgl. ROHG. 21, 248).

Anm. 65. β) **Der konkrete Schaden.** Statt durch abstrakte Bezugnahme auf den Marktpreis oder den sonst üblichen Preis der Ware (oder auch unter Fallenlassen der so aufgestellten Berechnung, vgl. unten Anm. 108ff.) kann der Käufer auch die konkrete Schadensberechnung machen. Besonders wird er dies dann tun, wenn er einen höheren Schaden beanspruchen will, als ihn die abstrakte Schadensberechnung ergibt (ROHG. 14, 142). Er hat aber die Beweislast. Den Beweis kann er auf zweierlei Weise führen: entweder dadurch, daß er die Ware bereits anderweit verkauft hatte und nicht liefern konnte, weil er von seinem Lieferanten im Stich gelassen wurde; oder dadurch, daß er seinen Warenbedarf anderweit zu höherem Preise gedeckt hat. Über den Fall, daß der Verkäufer einen Verkäuflichkeitswert von bestimmter Höhe zugesagt hatte, siehe oben Anm. 61.

Anm. 66. αα) Hatte der Käufer anderweit verkauft und konnte nicht liefern, so kann er allen Schaden, einschließlich des entgangenen Gewinns, den er hierdurch erlitten, berechnen (ROHG. 9, 322; 13, 200). Wenn er seinem Kunden eine Vertragsstrafe zu zahlen hatte, so haftet ihm der Verkäufer dafür (RG. 15, 73). Es genügt hierbei, daß sie verfallen ist, gleichgültig, ob er sie schon bezahlt hat, weil auch die Belastung mit einer Schuld ein Schade ist (unten Anm. 71). Aber es ist ein konkurrierendes Verschen, wenn er auf eine zu hohe Vertragsstrafe den Verkäufer nicht aufmerksam gemacht hat (§ 254 BGB.; § 347 Anm. 12). Überall ist hier vorausgesetzt, daß der Verkäufer bereits anderweit bindende Kaufverträge abgeschlossen hat; daß er einseitig die Ware für einen Kunden bestimmt hat, kann nicht zur Grundlage der konkreten Schadensberechnung gemacht werden (ROHG. 3, 286).

Anm. 67. ββ) Hat der Käufer sich anderweit gedeckt, so kann er den Unterschied zwischen dem Preise des Deckungskaufs und dem Vertragspreise, jedoch nur ohne Provision, berechnen. Genauer ausgedrückt müßte man sagen: Es kann der Käufer den Unterschied zwischen dem Aufwande des Deckungskaufs und dem Vertragspreise berechnen. Es kann nämlich im Einzelfalle der Aufwand beim Deckungskauf sich dadurch verringern, daß der Käufer von seinem Deckungslieferanten eine Vertragsstrafe wegen verspäteter Lieferung zu verlangen hat. Da es sich hier um konkreten Schaden handelt, muß er sich diesen abrechnen lassen (RG. 15, 73). Der Käufer darf sich nicht nur dann decken, wenn er eine bestimmte Gelegenheit zum Wiederverkauf hat; vielmehr kann der Käufer sich stets decken, wenn der Verkäufer im Verzuge ist; eine Absatzgelegenheit kann er jeden Augenblick erwarten, er braucht sein Interesse an der anderweiten Beschaffung ebensowenig darzutun, wie das Interesse an der Erfüllung, wenn er diese verlangt (RG. 52, 154). Deshalb braucht der Käufer nicht zu beweisen, daß die Deckung notwendig war (RG. 11, 198). Aber auch der Verkäufer kann nicht mit Erfolg den Gegenbeweis antreten, daß der Käufer die Ware nicht gebraucht habe.

Anm. 68. **Über den Deckungskauf** gilt folgendes:

Er ist etwas völlig Verschiedenes von dem Selbsthilfeverkauf des § 373. Er ist ein privater Kauf, ohne Angehung irgendwelchen amtlichen Organs und ohne jede Form (RG. 11, 199). Es gelten über die Zeit, über den Ort, die Art und die Bedingungen des Deckungskaufs keine festen Normen. Vielmehr gilt der Grundsatz, daß der Käufer bei Vornahme des Deckungskaufs, gerade weil dieser ohne Mitwirkung amtlicher Organe und ohne jede Form erfolgt, nach Treu und Glauben im Handelsverkehr zu verfahren hat. Er nimmt dabei sein eigenes Interesse, nicht das Interesse des Verkäufers wahr, darf dieses aber auch nicht arglistig oder fahrlässig verletzen (RG. 11, 199; Bolze 12 Nr. 467; JW. 97, 243[55]; vgl. Bolze 7 Nr. 579; RG. 15, 72, wo die Annahme, daß der Käufer auch das Interesse des Verkäufers wahrzunehmen hat, als recht bedenklich be-

Digitized by Google

zeichnet ist). Es folgt jetzt auch aus § 254 Abs. 2 BGB., daß nicht nur für grobes, sondern für jedes Verschulden zu haften ist (s. oben Anm. 30). Daraus ergiebt sich wohl Norm darüber, wie der Käufer regelmäßig zu verfahren hat, aber gleichzeitig die Duldung aller Abweichungen, die sich im einzelnen Falle mit Treu und Glauben vereinigen lassen. Daraus, daß der Deckungskauf nicht unter dem Zeichen fester Normen und Formen steht, ergibt sich ferner, daß Abweichungen von dem, was Treu und Glauben gebieten, nicht eine Ungültigkeit des Deckungskaufs bewirken, sondern nur, daß die unbillige Abweichung von der Regel nicht berücksichtigt wird, so daß der Käufer den Ausfall zugebilligt erhält, der sich bei einem sachgemäßen Kauf ergeben haben würde (RG. 11, 198; 46, 408). Das freie richterliche Ermessen nach § 287 ZPO. greift hinsichtlich aller Beanstandungen Platz, die gegen die Höhe der Preise und gegen etwa vorzeitige Eindeckung gerichtet werden (JW. 02 Beil. 263[189]; 05, 17[12]; RG. in Holdheim 14, 79). Im allgemeinen gelten also dieselben Regeln wie beim Deckungsverkauf (oben Anm. 30f.). Im einzelnen kommt in Betracht: Erk. zu § 374.

Die Zeit des Deckungskaufs. Regel ist, daß der Deckungskauf alsbald vorgenommen werden muß. Es folgt dies daraus, daß der Deckungskauf als Mittel zur Befriedigung des vom Verkäufer ungedeckt gebliebenen Bedürfnisses gedacht ist. (Doch ist nicht etwa ein wirklich vorhandenes Bedürfnis Erfordernis des Deckungskaufs; oben Anm. 67). Ganz genau läßt sich allerdings die Zeit für den Deckungskauf nicht angeben. Die kritische Zeit ist die Zeit des eingetretenen Verzuges oder — nach Wahl des Käufers — das Ende der gegebenen Nachfrist (JW. 00, 255[10]). Ein nachträglich gemachter Abschluß kann nicht mehr als Deckungskauf betrachtet werden, wenn nicht etwa die Nachfrist stillschweigend erstreckt worden ist (JW. 89, 153[5]). Vgl. auch insbesondere über willkürlich gegebene Nachfrist oben Anm. 62. Nach früherem Rechte wurde angenommen, daß, wenn der Verkäufer bestimmt erklärt, er wolle nicht liefern, der Käufer ohne Nachfrist zur Deckung berechtigt und unter Umständen verpflichtet sei (RG. 4, 71; 5, 103; 7, 44; Bolze 2 Nr. 1020). Ja der Käufer sei sogar, wenn der Verkäufer schon vor Ablauf der Lieferungsfrist bestimmt erklärt, er wolle nicht liefern, berechtigt, den Deckungskauf vor Ablauf der Frist vorzunehmen (Bolze 4 Nr. 726; RG. 15, 66). Mit diesen Grundsätzen steht auch das neue Recht im Einklang (RG. 52, 154; oben Anm. 63, unten Anm. 84ff.; a. M. 6./7. Aufl.). Der Verkäufer kann aber nachweisen, daß der Käufer sich zur Zeit der Deckung oder am Ende der Lieferzeit billiger hätte decken können (hierüber oben Anm. 63), oder daß er dem Verkäufer vor der vorzeitigen Deckung hätte Anzeige machen müssen. Alles dies jedoch nur dann, wenn ein solches Verhalten dem Käufer nach § 254 BGB. anzusinnen war. Dem vorzeitigen Deckungskauf sind die ursprünglichen Lieferungsbedingungen auch hinsichtlich der Zeit zugrunde zu legen (RG. 57, 114; vgl. auch oben Anm. 63). Der vorzeitige Deckungskauf geht auf Gefahr des Käufers, so daß der Verkäufer immer noch während der Lieferzeit erfüllen kann (RG. 52, 154). Allein damit ist dem Käufer nicht gedient. In der ernstlichen Erfüllungsweigerung ist häufig eine positive Vertragsverletzung enthalten. Dann kann der sich Weigernde seine Erklärung regelmäßig nicht mehr zurücknehmen, wenn der vertragstreue Teil die Folgerung zieht, also auch nicht durch Erfüllung während der Lieferzeit den Schadensersatz wegen Nichterfüllung abwenden (RG. 57, 114). Durfte der vertragstreue Teil dem sich Weigernden eine Nachfrist setzen, so darf er den Deckungskauf am Ende dieser Nachfrist vornehmen (hierüber unten Anm. 85). Keinenfalls kann eine unerbetene Nachfrist dem Verkäufer zum Nachteil gereichen (ROHG. 24, 331; Bolze 4 Nr. 717; Hamburg OLGR. 6, 46). Über positive Vertragsverletzungen siehe unten Anm. 172ff. Der Beweis der Rechtzeitigkeit des Deckungskaufs liegt dem Käufer ob (ROHG. 14, 10). Ein zur Unzeit erfolgter Deckungskauf bewirkt nicht die Ungültigkeit (vgl. oben Anm. 68 am Ende). Anm. 69.

Der Ort des Deckungskaufs ist in der Regel der Ablieferungsort, oder der für ihn maßgebende Marktplatz, also nicht der Erfüllungsort, sondern der Platz, an dem nach dem Vertrage die Ware tatsächlich abgeliefert und vom Käufer abzunehmen ist, weil Anm. 70.

Digitized by Google

Erk. zu § 374. sie dort seinen Geschäftszwecken dienen soll (ROHG. 14, 182; 21, 248; RG. 11, 198; 15, 72). Jedoch ist er in Gemäßheit des oben Anm. 68 Gesagten hierauf nicht beschränkt. Jede mit der Redlichkeit zu vereinigende Abweichung von dieser Regel gilt der Wahl des Ablieferungsorts gleich (ROHG. 21, 249; RG. 11, 199; 15, 72), und ein hiernach am falschen Orte bewirkter Deckungskauf ist nicht gerade ungültig (oben Anm. 68), sondern es ist zu ermitteln, ob der angelegte Preis sich als ein unverhältnismäßig hoher darstellt, den unter gleichen Umständen ein sorgfältiger Kaufmann nicht angelegt hätte (RG. in Gruch. 28, 1060).

Anm. 71. Beim Suchen der anderweiten Kaufgelegenheit hat der Käufer nur als redlicher Kaufmann zu verfahren in Gemäßheit des oben Anm. 59 Gesagten. Er braucht daher nicht eingehende Untersuchungen anzustellen, wo und wie er die Ware am vorteilhaftesten einzukaufen habe. Andererseits darf er eine sich ihm darbietende Deckungsgelegenheit nicht ablehnen (vgl. § 254 Abs. 2 BGB.; oben Anm. 68; JW. 03 Beil. 121[267]). Die redlich von ihm bewilligten Preise kann er dem Verkäufer in Anrechnung bringen (RG. 11, 199; vgl. ROHG. 4, 320; 21, 249; Bolze 12 Nr. 467). Auf die wirkliche Zahlung kommt es nicht an, Belastung mit einem Schuldverhältnisse ist auch ein Schade (ROHG. 3, 198; 12, 269; 13, 200). Der Regel nach hat er zum Marktpreise zu kaufen; weicht er hiervon ab, so bleibt ihm der Beweis offen, weshalb er — z. B. wegen der Größe der Lieferung, ungünstiger Lage seines Wohnorts — gleichwohl die höheren Preise habe bezahlen müssen (ROHG. 21, 249; RG. 11, 198). Selbst Detailpreise können so in Ansatz kommen (ROHG. 11, 104 u. 240). Das Verhalten des Verkäufers ist hier überall mit in Betracht zu ziehen; der Verkäufer wird, wenn er selbst nicht imstande ist, dem Käufer eine bessere Quelle zu benennen, oder ihm eine bekannte Quelle nicht benannt hat, dem Käufer nicht mit Erfolg entgegenhalten können, daß er eine günstige Kaufgelegenheit unbenutzt hat vorübergehen lassen (Bolze 12 Nr. 467, JW. 91, 422[34]).

Anm. 72. Es müssen natürlich dieselben Lieferungsbedingungen sein, keine schwereren, als der Käufer sie beim Lieferanten hatte (ROHG. 14, 6). Auch die Beschaffenheit der Deckungsware muß dieselbe sein. Aber auch in diesen Beziehungen greift überall der Grundsatz Platz, daß die Beobachtung von Treu und Glauben die Abweichung von der Regel entschuldigt. Hat sich der Käufer vergeblich bemüht, sich dieselbe Qualität zu beschaffen, und die Ware doch dringend gebraucht, so gilt der Deckungskauf trotz der Vereinbarung schwererer Bedingungen und der Beschaffung besserer Ware (Bolze 3 Nr. 697; 10 Nr. 483). Beim Abschluß über Altware findet sich häufig nicht der gleiche Ersatz. Der Käufer muß die besondere Sachlage dartun, wegen deren er sich mit der Abweichung von seinen Vertragsbedingungen decken oder seine besseren Vorräte verwenden mußte (Bolze 3 Nr. 700). Das gleiche gilt, wenn er eine andere Sorte zur Deckung einkaufen (Bolze 1 Nr. 1088) oder eine Ersatzmischung (JW. 00, 76[18]) vornehmen mußte. Mußte der Käufer so bessere Ware einkaufen, so darf er dem, bei welchem er sich eindeckte, nicht den höheren Preis zahlen, wenn dieser nun doch geringere Ware liefert. Er muß Preisminderung begehren, wenn ein solches Verhalten nach Treu und Glauben von einem sorgfältigen Geschäftsmanne erwartet werden darf. Der Deckungskauf ist kein so förmlicher Akt, daß der Käufer nach formell richtiger Eindeckung sich um die weitere Abwicklung nicht mehr zu kümmern hätte. Denn der Deckungskauf dient zur Abwendung dieses Schadens. Die hierbei sich ergebenden Schwierigkeiten unterliegen dem freien Ermessen (§ 254 BGB. vgl. mit § 287 CPO.).

Anm. 73. Erzielt der Käufer beim Deckungskauf Gewinn, so verbleibt er ihm, weil der Deckungskauf für seine Rechnung erfolgt (ROHG. 20, 223); er muß jedoch diesen Gewinn auf den sonstigen Schaden, den er etwa wegen der Nichterfüllung erlitten hat, in Abzug bringen, compensatio lucri et damni (ROHG. 22, 187; RG. 15, 73). Der Gewinn, welchen der Käufer aus dem Weiterverkauf der eingedeckten Ware erzielt, gebührt ihm dagegen vollständig (RG. 52, 154).

Digitized by Google

γ) **Die Geltendmachung des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung** kann durch Klage bei dem Gerichte erfolgen, an welchem die einzelne Verpflichtung zu erfüllen ist, d. h. wo die Hauptverpflichtung, also die Lieferung zu erfüllen ist (vgl. Exk. zu § 372 Anm. 16). Sie kann mit der Klage auf Erfüllung nicht verbunden werden, auch nicht fürsorglich (oben Anm. 34). Wird dieser Schadensersatz selbständig, vorbehaltlich der Liquidation und ohne Angabe eines Betrags, geltend gemacht, so kann eine Vorabentscheidung über den Grund nach § 304 ZPO. nicht erfolgen, weil dann nur ein Feststellungsbegehren vorliegt (RG. 10, 356; 12, 353; JW. 05, 178[24]). Eine solche Vorabentscheidung ist jedoch ungeachtet der Wendung „vorbehaltlich der Liquidation" zulässig, wenn in dem Antrag doch noch ein ziffernmäßig gestelltes Begehren, also eine Leistungsklage zu finden ist. Es wird dabei wesentlich darauf ankommen, ob der Schadens**betrag** irgendwie als gefordert anzusehen ist (RG. 21, 382; vgl. auch § 347 Anm. 15). Exk. zu § 374. Anm. 74.

dd) **Insbesondere das Recht des Rücktritts** oder, wie das frühere HGB. sagte, das Recht, vom Vertrage abzugehen, als wenn er nicht geschlossen wäre. Wählt der Käufer dieses Recht, so kann er weder entgangenen Gewinn, noch auch positiven Schaden in Rechnung bringen (oben Anm. 35). Auf diesen Rücktritt finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht gegebenen Vorschriften (oben Anm. 3) nach § 327 BGB. entsprechende Anwendung. Danach erfolgt die Rücktrittserklärung gegenüber dem andern Teil (es ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sie muß also dem andern Teil zugehen). Mit der Erklärung des Rücktritts ist der Vertrag aufgehoben und kein Teil braucht ihn mehr zu erfüllen (RG. 59, 97). Die beiderseits empfangenen Leistungen sind Zug um Zug zurückzugewähren, und zwar wie bei der Wandelung, an dem Orte, an dem die zurückzugewährenden Leistungen sich zur Zeit der Rücktrittserklärung vertragsmäßig befinden (JW. 03 Beil. 95[216]). Für Ausübung des Rücktrittsrechts kann der Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist setzen; nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist erlischt das Rücktrittsrecht (§ 355 BGB.; vgl. über alles dies oben Anm. 35). Das Rücktrittsrecht des Käufers wird aber auch dadurch ausgeschlossen, daß er eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe der Kaufsache verschuldet (§ 351 BGB.) oder die Sache umgestaltet hat (§ 352 BGB.). Außerdem haftet der Käufer für ein Verschulden dessen, an den er die Kaufsache weiterveräußert hat sowie für eine von diesem vorgenommene Umgestaltung der Kaufsache (§ 353 BGB.). Die hier geltenden Grundsätze sind dieselben, wie sie bei der Wandelung in § 377 dargestellt sind. Es besteht zwischen Rücktritt und Wandelung aber der Unterschied, daß beim Rücktritt für die objektive Unmöglichkeit der Rückgewähr der Augenblick des Zugehens der Rücktrittserklärung, bei der Wandelung aber nicht die einseitige Wandelungserklärung des Käufers sondern erst die vollzogene Wandelung entscheidet (RG. 59, 99). Anm. 75.

Für Frachtauslagen und sonstige Verwendungen auf die übergebene Sache kann der Käufer Ersatz verlangen, soweit sie notwendig waren (§§ 347; 994 Abs. 2 BGB. u. RG. 50, 144). Zum Ersatz von Vertragskosten und von Kosten der Rückgewähr gehört ein Verschulden des Verkäufers am Rücktritt oder im Fall beiderseitigen Verschuldens ein überwiegendes Verschulden des Verkäufers, weil diese Aufwendungen von § 246 BGB. nicht getroffen werden. Der § 246 BGB. spricht nur von Rückgewähr der empfangenen Leistungen (RG. im Recht 05, 250[1112]).

ee) **Im Grunde genommen hat der Käufer noch ein viertes Recht: das der Zurückbehaltung des Kaufpreises.** Welche Voraussetzungen dazu gehören, wie es sich mit der Erfüllungsverweigerung verhält, und wie dieses Recht bei vollständiger und bei teilweiser Erfüllung wirkt, ist oben Anm. 36 ff. erörtert. Darüber, daß und wie dies Recht geltend zu machen ist, siehe Exk. vor § 373 Anm. 78 ff. Dieselben Grundsätze kommen auch hier zur Anwendung. Beim Sukzessivlieferungskauf hat der Käufer gegen Ansprüche des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises gelieferter Raten die Einrede des nichterfüllten Vertrags, wenn er wegen anderer nicht gelieferter Raten Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung zu machen hat. Daß der Käufer in diesem Falle nur das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. und nicht Anm. 76.

Digitized by Google

Erl. zu § 374. die Einrede aus § 320 Abs. 1 BGB. habe, will RG. 61, 133 nicht aussprechen (a. M. Müller in Gruch. 50, 518). Es stand dort nur das Recht aus § 273 BGB. zur Entscheidung. Wie weit aber das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. aufzufassen ist, ergibt sich aus JW. 06, 545[10]. Der Käufer, der eine Teilleistung behalten will, kann, selbst wenn der ausstehende Teil der Leistung des Verkäufers nicht geringfügig ist, regelmäßig nicht den Kaufpreis für den empfangenen Teil zurückbehalten (RG. 61, 133; OLG. Köln im Recht 03, 262[1392]; vgl. oben Anm. 38). Er kann nur soviel zurückhalten, daß er vor jedem Schaden bewahrt ist.

Anm. 77. **3. Die Ausübung des Wahlrechts in beiden Fällen (im Falle des Verzuges des Käufers und des Verkäufers).**

a) **Welches Ziel hat das Wahlrecht?** Das Recht auf Erfüllung steht dem Kontrahenten ohne weiteres zu; das Recht auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung tritt infolge des Verzuges des Gegenkontrahenten hinzu. Um diese Rechte zu *erlangen*, braucht der vertragstreue Kontrahent kein Wahlrecht auszuüben. Das Gesetz gibt aber bei eingetretenem Verzuge dem vertragstreuen Kontrahenten die Befugnis zu wählen, ob er das ursprüngliche Recht auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung *behalten*, oder statt dieses Rechts die Befugnis *erlangen* will, eines der beiden anderen an dessen Stelle tretenden Rechte geltend zu machen. Er übt dieses Wahlrecht zwischen jenem ursprünglichen Rechte und der Geltendmachung eines der beiden an dessen Stelle tretenden Rechte durch die Fristbestimmung des § 326 BGB. aus, über welche unten das Nähere gehandelt werden soll. Durch diese Fristbestimmung wird diese Wahl ausgeübt. Mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist ist die Wahl ausgeübt. Das Recht auf Erfüllung (nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung) ist erloschen (JW. 02 Beil. 196). Es bleibt nunmehr übrig das Recht des vertragstreuen Kontrahenten, eines der beiden anderen Rechte geltend zu machen. (Natürlich nur eines; zur Ausübung der engeren Wahl zwischen diesen beiden anderen Rechten kann er durch eine weitere Fristbestimmung angehalten werden; hierüber unten Anm. 103). Es braucht der vertragstreue Teil nicht etwa sofort bei Eintritt des Verzuges zu wählen, ob er Erfüllung verlangen oder die in § 326 BGB. vorgesehenen Rechte ausüben will (unten Anm. 98).

Anm. 78. b) **Die Wahl wird durch eine Erklärung des Nichtsäumigen ausgeübt, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne.** So drückt sich § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. aus. Ebenso gut kann man sagen, es sei die Wahlerklärung eine mit Fristbestimmung versehene Androhung, daß Erfüllung nicht mehr angenommen werde.

α) **Die Form der Fristbestimmung.** Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Sie kann daher schriftlich oder mündlich erfolgen. *Sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung*, sie muß also dem andern Teil zugehen. Sonst ist sie unwirksam (RG. 53, 75; anders ROHG. 8, 80). *Auch eine Erklärung im Prozesse* ist genügend, sei es in einer zweiseitigen Verhandlung zu Protokoll oder in einem dem Gegner zugestellten Schriftsatz: In der Klage (ROHG. 9, 347; 11, 425; Bolze 1 Nr. 1091), in der Widerklage (ROHG. 11, 237; Bolze 9 Nr. 391), in der Klagebeantwortung (ROHG. 9, 324; 11, 239), in der Replik (ROHG. 12, 63), wie überhaupt in jedem Schriftsatz. Ist die Abgabe der Erklärung in dem vorbereitenden Schriftsatze nur angekündigt, so bedarf es zum Zweck der Wirksamkeit allerdings des Vortrags in der mündlichen Verhandlung. Doch hat der Vortrag alsdann die Bedeutung, daß die Erklärung mit Zugehen des Schriftsatzes als abgegeben gilt. Ist die Erklärung in dem Schriftsatze keine bloße Ankündigung, sondern die Abgabe der Willenserklärung selbst, so wird sie sofort mit Zugehen des Schriftsatzes wirksam (RG. 53, 149; JW. 03, 21[3] u. Beil. 23[46]). Man muß also unterscheiden zwischen der materiellrechtlichen rechtsgeschäftlichen Willenserklärung (diese ist wirksam abgegeben mit Zustellung des Schriftsatzes) und der prozessualen Wirksamkeit (diese erfolgt durch den mündlichen Vortrag). Hieraus ergibt sich, daß eine in einem Schriftsatz abgegebene Erklärung materiellrechtlichen Inhalts (z. B. eine Anfechtung wegen arglistiger

Digitized by Google

Täuschung) auch außerhalb des Prozesses wirkt, in welchem der Schriftsatz gewechselt wurde. Ist dieser Rechtsstreit nicht zu Ende geführt, so wirkt die Anfechtungserklärung nicht nur in diesem Prozeß, sondern auch außerhalb desselben, obgleich sich die Prozeßvollmacht, auf die hin die Erklärung in dem Schriftsatz abgegeben worden ist, nur auf den einzelnen Prozeß beschränkt (RG. 63, 410). Voraussetzung der materiellrechtlichen Wirksamkeit solcher prozessualer Erklärungen bleibt aber immer genügende Vollmacht zur Abgabe solcher Erklärungen. Im allgemeinen ermächtigt nun die Prozeßvollmacht (§ 81 CPO.) zu allen dem Prozeßzweck dienenden Handlungen des Angriffs und der Verteidigung — mögen diese Handlungen gerichtliche oder außergerichtliche sein (JW. 94, 193[4]; dagegen Förtsch DJZ. 4, 489; vgl. Wach Z. f. CP. 27, 1; Kohler Z. f. CP. 29, 1). Der dem § 81 CPO. zugrunde liegende Begriff der Prozeßhandlung darf nicht nur auf Geltendmachung der an eine rechtsgeschäftliche Erklärung der Partei selbst geknüpften Wirkung beschränkt werden. Die Prozeßhandlung kann in Vornahme dieser Erklärung selbst, also in der Geltendmachung des materiellen Rechts bestehen. So RG. 48, 221; 49, 394; 53, 149; JW. 01, 495; 03, 21[3] (Abgabe und Annahme von Anfechtungserklärungen, § 143 BGB., sowie Bestätigung anfechtbarer Rechtsgeschäfte); RG. 52, 343 (Anfechtungserklärung nach dem Anfechtungsgesetz); RG. 50, 143 (Rücktrittserklärung); RG. 50, 426; 53, 213; 56, 394; JW. 03, 21[3] (Aufrechnungserklärung; dagegen Planck § 388 Anm. 2); RG. 53, 212 (Kündigung); RG. 59, 346 (Verzicht auf Rechtsmittel); RG. 54, 276 (Erhebung des Streitgegenstandes). So ergibt sich auch das Recht des Anwalts zur Wandelung, Preisminderung, zur Fristsetzung nach § 326 BGB. und zur Ausübung des Wahlrechts. Freilich ist die vom Prozeßbevollmächtigten erfolgte Fristbestimmung unwirksam, wenn der Prozeßbevollmächtigte nicht seine Vollmacht vorlegt und der andere Teil aus diesem Grunde die Fristbestimmung unverzüglich zurückweist (§ 174 BGB.). Aber die Prozeßvollmacht gilt auch dann als dem Gegner vorgelegt, wenn sie dem Gerichte eingereicht ist. Dort liegt sie zu seiner Einsicht und Prüfung. Im landgerichtlichen Prozesse ist daher schon aus diesem Grunde anzuraten, die Prozeßvollmacht einzureichen. Erk. zu § 374.

Besonderer Vollmacht bedarf der Anwalt für den Schiedsvertrag, und wenn es sich um ein der obervormundschaftlichen Genehmigung unterliegendes Geschäft handelt (vgl. RG. 56, 336; 58, 227; JW. 05, 533[16]).

Die Fristbestimmung muß an den Vertragsgegner oder seinen legitimierten Vertreter erfolgen. Als legitimiert zur Empfangnahme muß aber auch der Handlungsagent auf Grund des § 86 Abs. 2 gelten (§ 86 Anm. 4), der Reisende, wenn er am Orte anwesend ist, auf Grund des § 55 Abs. 3 (§ 55 Anm. 5); ferner auch der Prozeßbevollmächtigte in Gemäßheit der in Anm. 78 entwickelten Anschauung und jeder von mehreren Kollektivvertretern (§ 171 Abs. 3 CPO.; RG. 53, 230; § 48 Anm. 9), während umgekehrt die Fristsetzung von allen Kollektivvertretern ausgehen muß (RG. 61, 223; § 232 Anm. 4). Bei Gesamtschuldnern ist die Erklärung an jeden einzelnen zu richten, der für die Folgen des Verzugs des andern verantwortlich gemacht werden soll (§ 425 BGB.). Dasselbe muß gelten, wenn ein Zessionar in die Passivseite des Vertrags eingetreten ist (oben Anm. 2). Es muß also die Fristsetzung und Androhung auch dem Zedenten zugehen, wenn dieser für den Verzug des Zessionars haften soll. Aus demselben Grund muß auch dem ausgetretenen Gesellschafter gegenüber nach § 326 BGB. vorgegangen werden, wenn er für den Verzug den nach seinem dem Gläubiger bekannt gegebenen Austritt die offene Handelsgesellschaft sich hat zu Schulden kommen lassen (JW. 07, 135[14]). Personen, die nicht legitimiert sind, können als Boten in Betracht kommen, wenn sie den Auftrag angenommen und ausgeführt haben. Anm. 79.

Die Fristbestimmung kann schließlich auch durch den Richter im Urteil erfolgen. Nach § 255 CPO. kann die auf Erfüllung klagende Partei beantragen, daß der Richter im Urteil die Frist bestimmt (s. unten Anm. 149 ff.). Anm. 80.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. Anm. 81.

β) **Der Inhalt der mit Androhung versehenen Fristbestimmung** ist im § 326 BGB. deutlich vorgeschrieben. Sie muß dahin gehen, daß dem Säumigen zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt wird, daß der Nichtsäumige nach dem Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ablehne. Dieser Inhalt ist allerdings nicht wörtlich vorgeschrieben. Aber immerhin muß doch die Erklärung dem Sinne nach deutlich diesen Inhalt ergeben (RG. 55, 120), darf daher nicht eine bloße Verlängerung der Lieferfrist sein.

Die Erklärung hat also einen doppelten Inhalt: Es muß eine Fristbestimmung und eine eventuelle Ablehnung sein (oder auch umgekehrt die Androhung einer Ablehnungserklärung mit einer Fristbestimmung).

Anm. 82.

αα) Der eine Teil der Erklärung ist also eine Fristbestimmung. **Dieser Teil der Erklärung ist durchaus notwendig.** Das Gesetz fordert ihn bestimmt und unzweideutig; er ist eine in so mannigfachen Fällen des Gesetzbuchs wiederholte Art der Rechtsausübung, daß es nicht angeht, bei der hier vorliegenden Rechtsausübung in irgend einem Falle davon abzusehen. Es kann daher Cosack (BR. I § 123) nicht zugestimmt werden, daß, wenn der nichtsäumige Kontrahent eine Nachfrist zu setzen verweigere, mit dieser Erklärung eine angemessene Nachfrist ihren Lauf beginne. Er nimmt dies an, weil die Verweigerung der Nachfrist nicht anders behandelt werden könne, als eine zu kurze Bemessung der Nachfrist. Allein die Fälle liegen wesentlich verschieden. Der Kontrahent, der eine zu kurze Nachfrist setzt, stellt sich auf den Boden des Gesetzes, er will dem Gesetze genügen und glaubt ihm zu genügen. Er vergreift sich nur in der Beurteilung der Sachlage, und an die Stelle der Nachfrist, die er auf Grund unrichtiger Beurteilung der Sachlage setzt, tritt von Rechts wegen die den Umständen angemessene Nachfrist, wenn der Säumige innerhalb dieser erfüllen zu wollen erklärt (hierüber unten Anm. 88). Wer aber die Nachfrist zu setzen verweigert, will dem Gesetze nicht genügen; es kann also die Nachfrist, die er nicht setzen will, nicht von selbst laufen (RG. 56, 234; unten Anm. 115). Handelt es sich um Auflassung eines Grundstücks, so muß zugleich der Zeitpunkt angegeben werden, zu welchem sich die Parteien vor dem Grundbuchamt einfinden wollen (RG. 53, 75). Fehlt es an gehöriger Fristsetzung, so ist der Anspruch auf Erfüllung nicht ausgeschlossen. Der Vertrag besteht unverändert weiter. Der nichtsäumige Teil kann weder Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren, noch auch zurücktreten (JW. 02 Beil. 196; 04, 92[11]; vgl. jedoch auch unten Anm. 115).

Anm. 83.

Auch Dernburg (II 1 § 98 IV 1), der mit Unrecht RG. 56, 234 für sich anführt (vgl. JW. 02 Beil. 196), kann nicht gefolgt werden, wenn er die Ablehnung der Erfüllung seitens des nichtsäumigen Teils ohne Setzung einer Nachfrist dann für ausreichend hält, wenn der Säumige, dem die Erfüllungsablehnung erklärt ist, eine angemessene Frist verstreichen läßt, ohne zu erfüllen. Wenn Dernburg sich auf die frühere Rechtsprechung (ROHG. 9, 126; 12, 62; RG. 1, 241; 7, 79; insbes. auf ROHG. 8, 129, mit Cosack) beruft, so ist dies nicht angängig, weil in dem früheren Art. 356 nicht bestimmt war, „der nichtsäumige Kontrahent müsse dem Säumigen eine Frist bestimmen", wie dies jetzt § 326 BGB. vorschreibt, sondern es verlangte jener Artikel, der Nichtsäumige müsse dem Säumigen die Wahl anzeigen und ihm dabei eine Nachfrist „gewähren". Dieses Gewähren wurde in einem „Belassen" der Nachfrist erblickt, das „Setzen", das „Bestimmen" einer Nachfrist wurde mit Rücksicht auf diesen Wortlaut nicht für nötig gehalten. Das neue Gesetz stellt ein strafferes Erfordernis auf. Es erfordert ausdrücklich die Frist„bestimmung". Von dieser kann nicht abgesehen werden, da es die von dem Gesetzgeber für erforderlich erachtete Grundlage für die weitgehende Umgestaltung des Rechtsverhältnisses ist, wie sie in der Ablehnung der Annahme der Erfüllung liegt. Gewähren ist passives Verhalten, Fristbestimmung ist eine positive Tätigkeit. Die Ablehnung der Annahme der Erfüllung ist vom neuen Gesetz auch nur als Präjudiz des Fristablaufs, nicht, wie früher, selbständig vorgeschrieben (RG. 53, 75; OLG. Stuttgart

Digitized by Google

DJZ. 6, 392). Nur soviel ist zuzugeben, daß selbst stillschweigend vom säumigen Teil auf Setzung einer Nachfrist verzichtet werden kann. In bloßem Stillschweigen auf die Ablehnung der Erfüllungsannahme liegt jedoch ein solcher Verzicht noch nicht; der Säumige darf auf eine gesetzlich unwirksame Erklärung regelmäßig ohne Nachteil schweigen. Erl. zu § 374.

Wohl aber ist der Denkschrift (221) zuzustimmen, wenn sie im Anschluß an die frühere Rechtsprechung (angef. oben Anm. 51; insbes. RG. 7, 44) erklärt, die Fristbestimmung brauche dann nicht zu erfolgen, wenn der säumige Teil sich vorher bestimmt und ernstlich geweigert habe, zu erfüllen (a. M. 6./7. Aufl. Staub in DJZ. 6, 478; Posen OLGR. 3, 9; Breslau OLGR. 4, 14; Ldg. Magdeburg Recht 01, 538). Das Reichsgericht hat sich in ständiger Rechtsprechung zu der Ansicht, und zwar ganz allgemein, bekannt (RG. in JW. 06, 334[10] will für Grundstückskäufe eine Ausnahme machen), daß die bestimmte und ernstliche Erfüllungsweigerung einen Verzicht auf Setzung einer Nachfrist bedeute, daß die Setzung einer Nachfrist auch zwecklos erscheine, und der sich Weigernde sich selbst in Verzug setze (RG. 51, 347; 52, 152; 53, 13; JW. 02 Beil. 246[246]; 03 Beil. 43[91]; ebenso die Lit.: Düringer-Hachenburg II 127, 150; Makower, Vorbm. vor § 375, 376 A I c; dagegen Planck § 326 Anm. 2d). Es bedarf sonach weder für den Zahlungs- noch für den Lieferungsverzug der Mahnung (oben Anm. 16 u. 51) oder Fristsetzung (RG. 56, 233; JW. 04, 92[11]; 05, 17[12]). Die Geltendmachung der Rechte aus der Weigerung bedeutet die Annahme des Verzichts (RG. 51, 351; 52, 152; 53, 13) und kann nicht mehr zurückgenommen werden (RG. 53, 161; JW. 03 Beil. 23[46]; a. M. für den Grundstückskauf JW. 06, 334[10]). Vertragserfüllung kann nicht mehr verlangt werden; denn Rücktritt wie Schadensersatz wegen Nichterfüllung beseitigen, sobald diese Wahl infolge der Erfüllungsweigerung rechtswirksam getroffen ist, das Recht auf Erfüllung für beide Teile (RG. 50, 255; 61, 69; a. M. JW. 06, 334[10]). Solange der vertragstreue Teil seine Rechte aus der Weigerung noch nicht geltend gemacht hat, kann der sich Weigernde seine Weigerung noch zurückziehen (vgl. ROHG. 12, 284); aber der sich Weigernde befindet sich immerwährend in Verzug; er muß daher darauf gefaßt sein, daß der Gegner sich jederzeit entschließt (oben Anm. 63). Anm. 84.

Der Erfüllungsweigerung (auf deren Gutgläubigkeit es übrigens nicht ankommt, und die ihre Wirkungen äußert, mag sie auch erst im Prozeß erklärt sein; JW. 07, 16[17]) steht es gleich, wenn die Weigerung auch nur einen wesentlichen Teil des Vertragsinhalts betrifft oder auch nur dahin geht, nicht jetzt, oder nicht in der vertragsmäßigen Art, z. B. nur gegen Nachnahme (RG. 7, 44) oder nur gegen Barzahlung zu erfüllen statt vorzuleisten, oder wenn der Verkäufer, statt auf einmal, nur in Raten liefern (RG. 61, 88), oder der Käufer nicht abrufen will, falls der Abruf als eine Hauptverpflichtung des Käufers zu erachten ist, oder erklärt, er habe für die Ware keine Verwendung, er könne nicht zahlen (vgl. RG. 53, 13; 56, 233; JW. 03 Beil. 23[46]). Dasselbe gilt überhaupt, wenn es sich nicht um bloße Meinungsverschiedenheiten in der Vertragsauslegung (JW. 00, 394[15]) handelt, sondern die Vertragserfüllung schuldhafterweise von unzulässigen Bedingungen abhängig gemacht werden will (JW. 03 Beil. 139[305]), oder wenn der Verkäufer die Lieferung mangelfreier Ware nach § 480 Abs. 2 BGB. verlangt, der Verkäufer aber darauf erklärt, er liefere nicht anders als das erstemal. Eine Weigerung liegt nicht vor, wenn der Verkäufer nur mit den usancemäßigen Abweichungen liefern will und nichts über die Beschaffenheit ausgemacht ist. Dagegen liegt eine Weigerung vor, wenn der Verkäufer auf ein überspanntes Lieferungsverlangen des Käufers nun die Lieferung überhaupt ablehnt, statt nur die unberechtigte Zumutung zurückzuweisen (JW. 99, 577[17]). Oft kommt es auf die Umstände an, ob eine ernstliche und bestimmte Weigerung vorliegt; denn die Weigerung muß eine unzweideutige sein. Der Gläubiger (denn das ist entscheidend, wie er bei verständiger Würdigung das Verhalten des Schuldners auffassen mußte; RG. in Holdheim 14, 215) hebt etwaige Zweifel dadurch, daß er seinen Schuldner unter Setzung angemessener Frist zur Erklärung auffordert, ob er sein Verhalten richtig als eine ernstliche

Digitized by Google

Exk. zu § 374.

Weigerung aufgefaßt habe. Der hierauf schweigende Schuldner muß sich auf eine solche in Vertragsverhältnissen erfolgte Anfrage nach § 242 BGB. die Auslegung des Gläubigers als eine zutreffende gefallen lassen.

Die ernstliche Erfüllungsweigerung ändert nichts an den Voraussetzungen des Verzugs. Wenn also der Käufer die Erfüllung ernstlich weigert, so kann der Verkäufer Schadensersatz nur verlangen, wenn er die Ware anfertigt oder anschafft (oben Anm. 26); er muß also auch im Falle der Weigerung der Gegenseite erfüllungsbereit sein (JW. 02 Beil. 252[161]; vgl. oben Anm. 9f.).

Anm. 85.

Darf der vertragstreue Teil dem Gegner, der die Erfüllung bestimmt verweigert, trotzdem noch eine Nachfrist setzen? Man könnte zur Verneinung der Frage geneigt sein, weil der Wegfall einer Nachfrist mit deren Zwecklosigkeit oder durch einen Verzicht des Säumigen begründet wird. Die ältere Rechtsprechung (ROHG. 8, 115; 13, 104; 15, 361; RG. 5, 105) hat schon angenommen, daß nach erfolgter Erfüllungsverweigerung eine Nachfrist nicht gesetzt werden darf, wenn sie sich als zuungunsten des Weigernden gesetzt erweist, um auf dessen Kosten zu spekulieren. Dies gilt auch jetzt noch. Allein es können die Umstände doch so liegen, daß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben bei verständiger Würdigung der Sachlage von Setzung einer Nachfrist doch noch ein Erfolg zu erwarten war. Man hat sich z. B. vorzustellen, daß die Äußerung des Schuldners zu Zweifeln Veranlassung geben konnte, oder daß der Gläubiger annehmen durfte, der Schuldner werde von einer falschen Vertragsauslegung oder von einer irrigen Rechtsansicht zurückkommen, oder sich besser über Tatsachen unterrichten. Der Schuldner beharrt auch mitunter auf der Weigerung, solange er meinen kann, es werde sich nur um die Erfüllung handeln, zu der er gezwungen werden kann. Wüßte er, daß der Gegner Schadensersatz verlangen würde und keine Erfüllung, dann würde er doch vielleicht von seinem Standpunkt abgehen. Derartige Erwägungen darf der Gläubiger anstellen. Sie müssen ihm zugute gehalten werden. Sie rechtfertigen die Setzung einer Nachfrist (RG. in Holdheim 14, 219 u. RG. 28. 4. 05 II 381/04). Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist alsdann nach Wahl des Gläubigers auf den Zeitpunkt der Erfüllungsweigerung oder auf das Ende der Nachfrist zu berechnen (RG. im ElsLothrZ. 05, 531; vgl. oben Anm. 62). Verlangt der sich Weigernde eine Nachfrist, so ist ein solches Begehren in sich widerspruchsvoll und daher unbeachtlich; es wäre denn, daß aus dem Begehren deutlich hervorginge, daß er von seiner Weigerung zurücktrete.

Anm. 86.

Wie nun, wenn sich der Schuldner vor der Fälligkeit weigert? Diese Weigerung hat nicht die Wirkung, daß sie auch die Fälligkeit vorzeitig herbeiführt; es muß vielmehr zur Zeit der Fälligkeit ersichtlich sein, daß die Weigerung aufrecht erhalten bleibt. Ein solcher Wille ist schon deutlich zum Ausdruck gekommen durch Nichtlieferung oder Nichtzahlung zur Erfüllungszeit (RG. 52, 152). Alsdann wird die Vertragsstrafe ohne weitere Mahnung fällig (JW. 02, 28[23]). Der vertragstreue Teil kann aber schon vorher seine Erklärung abgeben und seine Maßnahmen treffen (RG. 51, 349; 52, 152; vgl. RG. 54, 102). Doch bleibt dem säumigen Teil offen, durch Erfüllung während der noch laufenden Lieferzeit den Schadenersatz wegen Nichterfüllung und den Rücktritt abzuwenden. Es geht in diesem Falle z. B. der Deckungskauf, der vor der Fälligkeit vorgenommen worden ist, auf Gefahr des Käufers (RG. 52, 152). Denn es kann nicht der vertragstreue Teil, wenn z. B. die Erfüllung noch in weiter Zukunft steht, seinen Gegner an dessen Weigerung ohne weiteres festhalten. Wohl aber liegt die Sache anders, wenn die Umstände ein besonderes Interesse des vertragstreuen Teils dartun, daß er sich die Ware vor der Fälligkeit verschaffe. Dies ist z. B. für den Käufer der Fall, wenn der Erfüllungstag nahe herangekommen ist, der Markt starke Aufwärtsbewegung zeigt, oder wenn dem vertragstreuen Teil erhebliche Nachteile sonstiger Art in Aussicht stehen, wenn er nicht rechtzeitig vor dem Fälligkeitszeitpunkt sich die Ware sichert. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so kann der sich Weigernde die Erfüllung nicht mehr nachholen (RG. 7, 44; 15, 66), und er kann nur

Digitized by Google

einwenden, daß eine billigere Deckung möglich gewesen wäre (hierüber oben Anm. 63). Ob solche den Deckungskauf oder Verkauf vor der Fälligkeit rechtfertigende Umstände vorlagen, sind bei der Schadensermittlung nach § 287 ZPO. zu berücksichtigen (JW. 02 Beil. 263[189]). Ist in einem solchen Fall, in welchem eine Nachholung der Erfüllung bis zur Verfallzeit nicht möglich ist, ein Deckungskauf oder -verkauf verfrüht vorgenommen, so ist er deshalb nicht ungültig, sondern es kommt darauf an, ob und wieweit er nach freiem Ermessen (§ 287 ZPO.) noch berücksichtigt werden kann (JW. 05, 17[12]; oben Anm. 29ff. und 68ff.). Exk. zu § 374.

Unter gewöhnlichen Umständen muß also der vertragstreue Teil die Entwicklung der Dinge, wie sie sich zur Zeit der Fälligkeit gestalten, abwarten; erst dann kann er seine Rechte unbesorgt geltend machen. Denn es ist ja möglich, daß die ursprünglich schlimmen Aussichten sich zum Gegenteil wenden. Wenn z. B. der Lieferant vor der Verfallzeit bestimmt erklärt, er werde nicht liefern, so kann der Besteller sich jetzt schon decken. Wenn dann der Lieferant sich zur Verfallzeit bereit erklärt, zu liefern, und die Ware nunmehr leicht und gut verkäuflich ist, so muß sie der Besteller annehmen. Einen Schaden hat er im letzten Ende nicht. Es bleibt dabei jedoch immer zu beachten, daß der Schuldner dem Vertrag zuwiderhandelt, wenn er nach Abschluß des Vertrags bestimmt erklärt, er werde zur Verfallzeit seine Verpflichtung nicht erfüllen.

Kann der Gläubiger aus dieser Erklärung auch nicht die Rechte herleiten, die ihm der wirkliche Verzug gewährt, hat vielmehr der Schuldner auch das Recht, bis zum Eintritt der Fälligkeit, also des Zeitpunktes, zu welchem die Leistung überhaupt erst zu bewirken ist, wie dies ja auch bei der Fristbestimmung des § 326 BGB. zugelassen wird, seine Gesinnung zu ändern und zur Vertragstreue zurückzukehren, so liegt doch in diesem Verhalten, in der Ankündigung der Vertragsuntreue selbst eine Vertragsuntreue und die Folgen dieser Vertragswidrigkeit muß der Schuldner tragen. Der Gläubiger, der durch dieses Verhalten Schaden erlitten hat, kann diesen Schaden nach allgemeinen Grundsätzen (§ 347 Anm. 11) ersetzt verlangen. Er muß sich also zwar gefallen lassen, daß der Schuldner zur Verfallzeit erfüllt; aber er kann verlangen, daß, wenn er inzwischen sich gedeckt hat, oder sonstige Maßregeln infolge seiner vorzeitigen Erfüllungsweigerung getroffen oder zu treffen unterlassen hat (z. B. infolge der angedrohten Lieferungsverweigerung seinerseits nicht mehr verkauft hat), der Schuldner ihm diesen Schaden ersetze. Der vertragstreue Teil muß mit der Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit rechnen, daß der Schuldner bei seiner Weigerung stehen bleiben und zur Zeit der Fälligkeit nicht erfüllen werde. Er kann danach sein eigenes Verhalten einrichten. Ändert der Schuldner nachträglich seinen Sinn, und erfüllt er zur Verfallzeit, also ohne in Verzug zu geraten, oder nach erfolgter Fristbestimmung (oben Anm. 85), so muß er doch die Folgen seiner Ankündigung der Erfüllungsweigerung tragen. Erfüllt der Schuldner zur Verfallzeit wirklich nicht, so kann der Gläubiger die weiteren Rechte geltend machen, die ihm der Verzug gewährt.

Daß unter außergewöhnlichen Umständen der vertragstreue Teil, wenn er ein besonderes Interesse daran nachweisen kann, schon vor der Fälligkeit von § 326 BGB. Gebrauch machen kann, so daß der Weigernde die Erfüllung nicht mehr bis zur Verfallzeit nachholen kann, ist schon dargelegt. Ebenso liegt aber auch die Sache, wenn zu der Weigerung der Erfüllung noch ein Weiteres hinzukommt, nämlich das Lossagen vom ganzen Vertrag. Ist eine solche Erklärung abgegeben oder die Weigerung in diesem Sinne zu verstehen, so ist der Vertragszweck ernstlich gefährdet; es liegt eine positive Vertragsverletzung vor, welche ohne weiteres, d. h. ohne Mahnung und Fristsetzung zur entsprechenden Anwendung des § 326 BGB. führt (RG. 57, 113; JW. 05, 17[13]; KG. in OLGR. 10, 255). Der sich Lossagende ist mit seiner ganzen Vertragsleistung in Verzug geraten. Es bedarf alsdann auch keines weiteren Nachweises, daß der vertragstreue Teil an der Erfüllung des Vertrags kein Interesse mehr hat (§ 326 Abs. 2 BGB.). Dies Lossagen vom Vertrag liegt darin, daß erklärt wird, man annulliere den Vertrag, der

Digitized by Google

Exk. zu § 374.

Vertrag sei nicht zustande gekommen, der Vertrag werde angefochten (RG. 57, 113). Dem steht die unberechtigte Erklärung, man trete vom Vertrag zurück, gleich; nur darf die Erklärung nicht so aufzufassen sein, daß dieser Rücktritt hinfällig, also nur bedingt für den Fall ausgesprochen sein soll, daß der vertragstreue Teil einen gleichzeitig gemachten Vorschlag ablehne (RG. in Holdheim 05, 50). Selbst stillschweigend ist ein solches Lossagen vom ganzen Vertrag möglich, z. B. indem der bierbezugspflichtige Wirt seine Wirtschaft schließt. Es braucht der Verkäufer in einem Falle solch' positiver Vertragsverletzung, um Schuldnerverzug herbeizuführen, die Ware nicht erst zu liefern; denn der Käufer würde doch nicht zahlen (RG. 57, 113; der von Makower Vorbm. zu § 375, 376 I C 3 behauptete Widerspruch mit der früheren Rechtsprechung ist danach nicht vorhanden). Einen gänzlich abweichenden Standpunkt, wenn auch nur für den Grundstückskauf, nimmt das Reichsgericht V. CS. in JW. 06, 334[10] ein. Nach dieser Entscheidung soll in Vornahme des Deckungsverkaufs seitens des auf dem Vertrag bestehenden und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. begehrenden Verkäufers eine Einwilligung in das Annullierungsverlangen des Käufers liegen; der Verkäufer soll aber von dieser Willensübereinstimmung wie von seiner auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichteten Erklärung einseitig wieder zurücktreten und das Grundstück dem Käufer nach § 295 BGB. anbieten, also Erfüllung verlangen können. Diese Entscheidung würde durch den allerdings nicht ausgesprochenen und wohl richtigen Satz getragen, daß beim Grundstückskauf der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht auf dem Weg des Deckungsverkaufs liquidiert werden kann. Über positive Vertragsverletzungen siehe das Nähere unten Anm. 172 ff.

Anm. 87.

Es muß eine angemessene Frist bestimmt werden. Es muß eine Frist gestellt sein, d. h. der Säumige muß ersehen können, daß es sich nicht um eine Verlängerung der Lieferfrist, sondern um Setzung einer Nachfrist handelt (vgl. RG. 55, 120). Der Säumige muß ferner erkennen können, bis zu welchem Zeitpunkt der Gegner auf Erfüllung rechnet. Dem Gesetz ist Genüge geleistet, wenn die Dauer der Frist zwar nicht ausdrücklich bestimmt, die Absicht des vertragstreuen Teils hinsichtlich ihrer Dauer aber anderweit erkennbar ist (ROHG. 8, 138). Selbst wenn eine unbestimmte Frist oder ganz allgemein eine angemessene Frist gesetzt wurde, so ist dem Gesetz noch entsprochen (a. M. 6./7. Aufl.). Diese weitere Auffassung erscheint als eine notwendige Folgerung aus dem Grundsatz, daß bei Setzung zu kurzer Frist eine angemessene Frist läuft (RG. 62, 66; vgl. JW. 04, 92[11]; oben Anm. 82; unten Anm. 89; Dernburg II 1 § 98 IV 2). Die Unbestimmtheit darf sich nur auf die Dauer der Frist, nicht auf die Setzung einer solchen beziehen. Deshalb ist das einfache Verlangen schleuniger Erfüllung nur Mahnung, aber keine Fristsetzung (ROHG. 15, 335; JW. 93, 127[10]). Anders bei der Aufforderung zu sofortiger oder schleuniger Lieferung in der erkennbaren Absicht einer Fristsetzung im Sinne des § 326 BGB.; hier handelt es sich dann darum, ob diese Frist eine angemessene war.

Anm. 88.

Die gestellte Frist muß also angemessen sein. Die Frage der Angemessenheit entscheidet sich nach den Umständen des Falles, doch nicht von dem Gesichtspunkte aus, als müsse dem Säumigen Zeit gelassen werden, die in Angriff genommene Erfüllung jetzt zu beginnen und neue Ware anzufertigen, sondern nur um die ins Werk gesetzte Erfüllung zu beschleunigen und zu vollenden (ROHG. 7, 392; 13, 192; RG. Holdheim 05, 114). Dem Konkursverwalter muß z. B. die nötige Zeit zur Beratung mit dem Gläubigerausschuß gelassen sein. Ob die Aufforderung zu sofortiger Lieferung die Setzung angemessener Frist enthält, hängt davon ab, ob eine so kurze Frist, wie eine sofortige gesetzt werden durfte (Könige LZ. 07, 48).

Anm. 89.

Wie nun, wenn die Frist zu kurz gestellt ist? Man kann weder (mit Planck § 250 Bem. 2b) sagen, zu kurze Frist sei im Zweifel wirkungslos, noch (mit Cosack BGB. I § 105, II 2a Anm. 18, I § 123 III 2 C a und Dernburg II 1 § 33, 4), es sei immer eine angemessene Frist als gesetzt anzunehmen. Setzt der Nichtsäumige eine zu kurze Frist, ohne eine Erklärung nach § 326 BGB. abzugeben, so läuft eine angemessene Frist; es wäre

Digitized by Google

denn, daß nach den Umständen ein Einverständnis mit der zu kurzen Frist anzunehmen wäre. Allein hier ist die Setzung zu kurzer Frist gänzlich unerheblich. Sie wird erst erheblich, wenn zugleich die Erklärung nach § 326 BGB. abgegeben ist, daß nach Ablauf der Nachfrist Erfüllung nicht mehr angenommen werde, oder wenn dazu noch das Wahlrecht ausgeübt ist. Exk. zu § 374.

Ist angedroht, daß nach Ablauf der Nachfrist Erfüllung nicht mehr angenommen werde, so könnte man zu dem Schlusse geneigt sein, der Nichtsäumige habe dem Säumigen die Möglichkeit, innerhalb angemessener Frist zu erfüllen, entzogen. *Allein die Rechtsprechung nimmt an, es sei im Zweifel die Setzung angemessener Frist gewollt*, so daß die Erklärung des Nichtsäumigen erst nach Ablauf angemessener Frist in Wirksamkeit tritt (RG. 56, 134 u. 234) und der Säumige bis dahin die Erfüllung noch vornehmen kann (JW. 04, 92[11], 172[13]). Es verhält sich dies auch nicht anders, wenn der Nichtsäumige zugleich Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder den Rücktritt gewählt hat (RG. 62, 67 u. LZ. 07, 288); denn es ist davon auszugehen, daß angemessene Frist gesetzt werden wollte. Aus dem Schweigen des Säumigen auf eine solche Erklärung ist daher dessen Zustimmung zur Setzung zu kurzer Frist noch nicht zu folgern. Es kann auch die Frist so kurz bemessen sein, daß innerhalb dieser die Leistung unmöglich nachgeholt werden konnte (RG. 56, 231). Dann durfte der Säumige schon aus diesem Grunde schweigen. Es können die Umstände aber doch so liegen, daß dem Säumigen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zuzumuten ist, seine Bereitwilligkeit innerhalb angemessener Frist zu erfüllen, kundzugeben. Die frühere Rechtsprechung (ROHG. 8, 127; RG. 7, 79; Bolze 11 Nr. 395) sah eine solche Pflicht zum Reden als Regel an; jetzt ist sie die Ausnahme (a. M. 6./7. Aufl.). Der Vertragstreue ist mitunter gar nicht in der Lage, alle Erwägungen anzustellen, die vom Standpunkt des Gegners aus bei Bemessung angemessener Frist mit in Betracht zu ziehen sind. Dann ist die Verpflichtung des Säumigen vorhanden, nicht nur der Setzung zu kurzer Frist zu widersprechen, sondern auch diesen Widerspruch durch Angabe der ihm bekannten erheblichen Umstände zu begründen (ROHG. 8, 127; Bolze 7 Nr. 582). Der Gesichtspunkt des Mitverschuldens § 254 BGB. kommt hier zur Geltung. Selbstverständlich schadet das Schweigen nichts, wenn z. B. aus der kategorischen Art oder Form zu entnehmen war, daß auch alles Reden fruchtlos und der Nichtsäumige zur Setzung angemessener Frist nicht zu bestimmen sei. Umgekehrt ist die Wahl trotz zu kurzer Nachfrist gültig getroffen, wenn feststeht, der Säumige würde auch bei Setzung angemessener Frist nicht geleistet haben. Der Zeitpunkt ist dann nur für die Schadensberechnung von Bedeutung. Hinsichtlich dieses Zeitpunktes gilt der schon oben Anm. 68 u. 69 erörterte Grundsatz, daß ein vorzeitiger, also innerhalb zu kurzer Nachfrist vorgenommener Deckungskauf oder -verkauf bei der Schadensberechnung nach § 287 CPO. in Betracht gezogen werden kann, weil es sich nur um die formlose Feststellung handelt, welcher Schaden bei rechtzeitiger Deckung entstanden wäre (vgl. JW. 05, 17[12]). Anm. 90.

Hat der Schuldner unter Angabe von Gründen um eine *bestimmte* Frist gebeten, der Gläubiger aber zu Unrecht eine kürzere Frist bewilligt, so kommt es auf die Umstände, d. h. auf Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte an, ob dem Schuldner darnach eine erneute Vorstellung anzusinnen ist. Brauchte eine Nachfrist überhaupt nicht gewährt zu werden oder war eine angemessene Nachfrist schon abgelaufen, so kann der Säumige nicht einwenden, der Gegner habe auf Ansuchen eine zu kurze Frist bewilligt. Anm. 91.

Ist die Frist länger als angemessen, so gilt sie jedenfalls gegen den Nichtsäumigen, der sie gestellt hat: bis zu ihrem Ablauf hat der Säumige das Recht zur Erfüllung (ROHG. 8, 127; Hamburg OLGR. 6, 47). Verstößt die Fristsetzung wegen ihrer übermäßigen Länge gegen Treu und Glauben, so können bei Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nicht die Preise bei Ablauf der Nachfrist zugrunde gelegt werden (RG. 5, 105). Anm. 92.

ββ) **Der zweite Teil der Erklärung ist die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme.** Anm. 93.
Es braucht also nicht die Erklärung abgegeben zu werden, welches der beiden Rechte, ob

Digitized by Google

Erk. zu § 374. Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt, der vertragstreue Kontrahent wählt. Diese engere Wahl kann er später treffen. Hierüber unten Anm. 108. Die Erklärung muß jedenfalls deutlich ersehen lassen, daß man von dem Rechte auf Erfüllung endgültig Abstand nimmt. Die Anzeige eines möglicherweise zu fassenden Entschlusses (ROHG. 18, 386), die Androhung der Einstellung der Lieferung (JW. 93, 546[22]; 00, 255[10]), die Androhung, man werde von allen aus dem Fristablauf zustehenden Rechten Gebrauch machen (JW. 00, 606[9]), genügt nicht. Beim Sukzessivlieferungsvertrag muß klar und bestimmt zum Ausdruck gebracht werden, ob nur die fällige Lieferung nicht mehr angenommen wird, oder ob die Erfüllung des ganzen Vertrags zurückgewiesen werden will (RG. 61, 128).

Anm. 94. Es genügt nicht die Redewendung, daß man in Erwägung ziehen werde, ob man die Annahme der Erfüllung nicht ablehnen werde; auch nicht die Redewendung, daß man nach Ablauf der Frist die gesetzlichen Folgen ziehen werde; auch nicht, daß man den Gegner für den Schaden verantwortlich machen werde, da es einen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung und einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung gibt, und bei dieser Erklärung nicht ersichtlich ist, welcher Schaden gemeint ist (Bolze 8 Nr. 484; JW. 00, 606[9]). Die von Dernburg (II 1 § 97 IV 3) an dem Urteil des OLG. Hamburg OLGR. 2, 216 gemachte Ausstellung erscheint daher nicht zutreffend. Aus demselben Grunde genügt nicht die Erklärung, daß man den Gegner für die Differenz belasten werde. Wohl aber genügt die Erklärung, daß man nach fruchtlosem Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen werde; darin liegt die Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme. Es reicht sogar die äußerlich in sich widerspruchsvolle Erklärung hin, daß man zurücktrete und Schadensersatz verlange; denn es kann damit nur gemeint sein, man trete nicht zurück, sondern verlange Schadensersatz wegen Nichterfüllung (RG. in DJZ. 7, 462; vgl. unten Anm. 115). Auch genügt die Erklärung des Käufers, sich im Falle der Nichterfüllung decken zu wollen (Bolze 4 Nr. 717; ROHG. 15, 335). Denn der Deckungskauf erfolgt der Regel nach, um den Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begründen, so daß, wenn der Kaufmann schreibt, er sei gezwungen, sich anderweit zu decken, er regelmäßig im Sinn hat, er wolle nicht mehr geliefert haben, seinen Bedarf werde er nunmehr anderweit beziehen und den Lieferanten für diesen Schaden verantwortlich machen (RG. 17, 60). Die Erklärung des Käufers, er werde im Fall der Nichtlieferung sich die Ware anderweit beschaffen, genügt (ROHG. 18, 386; anders ROHG. 15, 335). In der Erklärung des Verkäufers, er werde anderweit verkaufen, liegt überhaupt keine bestimmte Erklärung; denn sie läßt in der Schwebe, ob Erfüllung und Selbsthilfeverkauf nach § 373 oder Versteigerung und Hinterlegung nach § 383 BGB. oder Deckungsverkauf als Grundlage des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung oder der Rücktritt gemeint ist (vgl. RG. 53, 71). Am nächsten liegt die letztere Annahme. Die Erklärung des Verkäufers, er werde die Ware zum bestmöglichen Preise für Rechnung des Käufers verkaufen und diesen mit dem Ausfall belasten, ist nur eine verschärfte Mahnung. Sie läßt dunkel, ob Selbsthilfeverkauf nach § 373 oder Verkauf nach § 383 oder Deckungsverkauf gemeint ist (ROHG. 15, 335; 18, 386; Bolze 8 Nr. 495; vgl. § 373 Anm. 51; a. M. 6/7. Aufl.).

Anm. 95. Bei allen diesen Erklärungen kommt es immer darauf an, wie sie nach den Umständen vom Gegner aufgefaßt werden mußten; daher kann die Erklärung, das Geschäft werde „annulliert“ und Schadensersatz gefordert, genügen; ebenso ein Vergleichsanerbieten mit fürsorglicher Androhung einer Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung (ROHG. 3, 278 hat nach den damaligen Umständen in dieser Erklärung keine Erfüllungsablehnung gefunden). Nicht einmal eine stillschweigende Erfüllungsablehnung ist zu verwerfen; sie muß nur unzweideutig sein; kann auch in einer Erklärung anderen Inhalts liegen. Es werde eine „letzte“ Nachfrist gesetzt, kann (gegen OLG. Köln in Neumann Jahrb. 4, 127[9]) nicht als Erfüllungsablehnung gelten.

Anm. 96. d) **Die Zeit der Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme** setzt im Grunde genommen Verzug voraus. Dies ist aber nicht so streng aufzufassen, daß unter allen Umständen der

Digitized by Google

Verzug schon eingetreten sein müsse, ehe die Erfüllungsablehnung mit Fristbestimmung angedroht wird. **Vielmehr muß es für zulässig erachtet werden, daß die Androhung mit der Mahnung verbunden wird.** Das war schon so nach altem Recht (ROHG. 10, 241; 12, 285; 23, 170) und ist auch jetzt anerkannt (RG. 50, 262; RG. in Holdheim 05, 82). Da nun, wie oben Anm. 16 u. 50 hervorgehoben wurde, die Mahnung wiederum mit dem Erfüllungsangebot verbunden werden kann, durch das die Fälligkeit bewirkt wird, und da ferner auch die Verkaufsandrohung nach § 373 mit der Androhung nach § 326 BGB. verbunden werden kann, so kann es kommen, daß eine ganze Reihe hierbei erforderlicher Erklärungen zusammengefaßt wird: nämlich das Erfüllungsanerbieten, das die Forderung fällig macht, ferner die Mahnung zum Zwecke der Inverzugsetzung, sodann die Androhung der Erfüllungsablehnung und endlich die Androhung des Verkaufs (RG. 61, 131; JW. 04, 536[3]). Es kann z. B. der Verkäufer schreiben: Ihre Erklärung, daß Sie die Ware fix per 1. Oktober bestellt haben und deshalb die Order annullieren, stimmt mit der Schilderung meines Reisenden nicht überein. Ich habe infolgedessen die Ware zu Ihrer Verfügung bereit gestellt (Erfüllungsanerbieten), ersuche Sie, dieselbe innerhalb drei Tagen abzunehmen und zu bezahlen (Mahnung) und werde mich sonst genötigt sehen, unter Ablehnung der Erfüllungsannahme Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen (Androhung der Erfüllungsablehnung) und zu diesem Zwecke die Ware öffentlich versteigern lassen (Androhung des Verkaufs, der nach § 373 vorgenommen werden darf, aber auch formlos geschehen kann). In der Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme wird übrigens meistenteils zugleich die Mahnung, also die Inverzugsetzung ohnehin liegen. Da beide Erklärungen nach dem oben Gesagten überhaupt verbunden werden können, so steht nichts entgegen, eine Aufforderung, die beide Erklärungen dem Sinne nach enthält, für genügend zu erklären (RG. 50, 262). Erl. zu § 374.

Auch eine vor Eintritt des Erfüllungszeitpunktes erfolgte Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme ist genügend. Nach früherem Recht wurde angenommen, daß eine solche Androhung volle Rechtswirksamkeit besitze, wenn sie kurz vor Eintritt der Erfüllungszeit und in Voraussicht der Nichterfüllung geschehen war; insbesondere, wenn der Säumige schon vorher seine Weigerung der Erfüllung bestimmt erklärt hatte (ROHG. 10, 24; 13, 137; 17, 226; RG. 7, 44; RG. in Gruch. 28, 1064; JW. 99, 577[17]). Diese Wahlanzeige war nach damaliger Ansicht unwiderruflich. Dernburg (II 1 § 98 IV 3) will auch nach neuem Recht derartige Erklärungen als nach Eintritt des Verzugs fortwirkend ansehen, wenn sie nicht zurückgenommen werden. Allein die Erklärung, daß man nach Ablauf der Nachfrist Erfüllung ablehne sowie die weitere Wahlanzeige, daß man sich nun für den Rücktritt oder für Schadensersatz wegen Nichterfüllung entschieden habe, sind einseitige empfangsbedürftige, aber nicht annahmebedürftige Rechtsgeschäfte. Eine einseitige Zurücknahme dieser Erklärungen ist, sobald sie einmal dem Gegner zugegangen sind, nicht mehr zulässig (RG. 53, 167). Der Gegner muß wissen, woran er ist. Müßte er damit rechnen, daß diese Erklärungen wieder zurückgenommen und mit anderen vertauscht werden könnten, so würde man in das Vertragsverhältnis eine vom vertragstreuen Teil zu mißbrauchende Unsicherheit tragen, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Diese Frage wird vorzugsweise von Bedeutung, wenn der vertragstreue Teil gleichzeitig mit der Nachfristsetzung und der Drohung, daß nach Ablauf der Nachfrist Erfüllung nicht mehr angenommen werde, die Anzeige verbindet, er werde den Rücktritt wählen oder sich für Schadensersatz wegen Nichterfüllung entscheiden. Eine solche Verbindung ist zulässig oben Anm. 16, 50 u. 96. Diese Wahlanzeige ist unwiderruflich (JW. 04, 536[3]). Diese Frage wird ferner von Bedeutung, wenn die Erfüllung ernstlich vor der Fälligkeit verweigert ist (oben Anm. 86) und darauf der vertragstreue Teil die Erklärung abgibt, er werde nun Erfüllung nicht mehr annehmen, oder er werde zurücktreten, oder er werde Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. Auch diese Erklärungen können einseitig nicht mehr zurückgenommen werden. Die Ansicht der 6./7. Auflage, daß alle solche vor der Fälligkeit abgegebenen Erklärungen belanglos seien, war eine Folge der aufgegebenen Meinung (Anm. 84), daß auch bestimmte Erfüllungs- Anm. 97.

Digitized by Google

Erk. zu § 374.

weigerung den vertragstreuen Gegner nicht von Setzung einer Nachfrist befreie. Solche Erklärungen wirken also gegen den, der sie abgegeben hat (OLG. Hamburg 6, 48).

Anm. 98.

Nach Eintritt des Verzuges kann die Androhung der Erfüllungsannahmeablehnung der Regel nach jederzeit erfolgen, nicht etwa notwendig in naher Zeit. Der säumige Teil wird dadurch nicht in unberechtigter Weise benachteiligt, da er ja das Recht hat, so lange zu erfüllen und dadurch den Verzug zu heilen, bis der Gegner die Ablehnung der Erfüllungsannahme angedroht hat und die von ihm gestellte Frist abgelaufen ist (ROHG. 7, 392; 9, 324; 23, 83; RG. 32, 64; Bolze 9 Nr. 395; 14 Nr. 441). Indessen ist eine zeitliche Grenze insofern anzunehmen, als eine illoyal verspätete Geltendmachung der Vertragsrechte den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht und deshalb des rechtlichen Schutzes entbehrt. In Fällen solcher Art verliert der nichtsäumige Teil durch allzulanges Zuwarten jedes Vertragsrecht, also auch das Wahlrecht (RG. 60, 346; Näheres unten Anm. 147). Abgesehen davon aber kann der Nichtsäumige während der ganzen Dauer des Verzuges mit der Fristbestimmung und Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme vorgehen. Der Umstand, daß der nichtsäumige Teil nach eingetretenem Verzuge das Recht auf Erfüllung geltend macht, hindert ihn nicht, bei fortgesetztem Verzuge des Schuldners davon abzusehen und mit der Fristbestimmung und Erfüllungsablehnung vorzugehen (Bolze 19 Nr. 572). Deshalb liegt darin, daß er den Säumigen an Erfüllung mahnt, wiederholt mahnt, ihm gar mit Klage droht, noch nicht die endgültige Wahl des Rechts auf Erfüllung (ROHG. 8, 82; 13, 434; Bolze 2 Nr. 1018; 19 Nr. 572). Auch die Klage auf Erfüllung bindet ihn noch nicht an das Recht auf Erfüllung. Dies hat das Reichsgericht schon früher angenommen (RG. 15, 63; Bolze 11 Nr. 409). Jetzt folgt es unmittelbar aus § 325 Abs. 2 BGB., da hiernach der Gläubiger, der ein rechtskräftiges Urteil auf Erfüllung in Händen hat, nunmehr noch die Fristbestimmung und Erklärung der Ablehnung der Erfüllungsannahme vornehmen und die übrigen Rechte wählen kann (vgl. § 255 CPO.; RG. 52, 266). Es ist nicht anzuerkennen, daß der Verkäufer, der einen ungültigen Selbsthilfeverkauf vorgenommen, also Erfüllung gewählt hat, dadurch grundsätzlich gehindert wäre, auf den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung überzugehen, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen (vgl. § 373 Anm. 46 u. 51; a. M. OLG. Marienwerder im Recht 04, 552[2368]).

Anm. 99.

e) **Das Wahlrecht ist ausgeübt, wenn die mit der Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme gestellte Frist fruchtlos abläuft.** Dann ist der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung endgültig ausgeschlossen (RG. 52, 94) und an seine Stelle das Recht zur engeren Wahl zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dem Rücktrittsrecht getreten oder, wenn eine engere Wahl zugleich mit der Hauptwahl ausgeübt ist (oben Anm. 93 f. u. 97), das solchergestalt gewählte Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf den Rücktritt in Kraft getreten (RG. 56, 234). Der Schuldner hat nach geschehener Fristbestimmung das Recht, rechtzeitig zu erfüllen — das nennt man purgatio morae, Heilung des Verzugs — und dadurch die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme, unwirksam zu machen. Was „rechtzeitig" heißt, ist oben Anm. 87—90 dargelegt. Rechtzeitig heißt, „innerhalb der nach den vorliegenden Umständen für angemessen zu erachtenden Frist". Dazu kommt, wie oben Anm. 88—90 dargelegt ist, auch das Verhalten des Säumigen bei oder nach Setzung der Frist mit in Betracht.

Anm. 100.

Die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme kann durch das Verhalten des Säumigen unwirksam gemacht werden. Sendet z. B. der Verkäufer sofort nach Empfang der Androhung die Ware ab, so werden die Verzugswirkungen für die Zukunft aufgehoben. Der Nichtsäumige kann die Annahme nicht ablehnen (RG. 7, 79; Bolze 1 Nr. 1092). War die Ware zur Zeit des Empfanges der Fristbestimmung bereits abgesandt, dann ist die Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme erst recht unwirksam. Aber freilich muß eine wirkliche rechtzeitige Erfüllung vorliegen, nicht nur ein Erfüllungsangebot (ich stelle Ihnen die Ware zur Verfügung; ROHG. 23, 39; JW. 96, 400[18]).

Digitized by Google

Über die purgatio morae weiteres unten Anm. 112 und über die Unwiderruflichkeit der Wirkungen des fruchtlosen Fristablaufs unten Anm. 108. Exk. zu § 374.

f) **Ausnahmsweise ist Fristsetzung und Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme nicht erforderlich, wenn die Erfüllung des Vertrages für den Nichtsäumigen kein Interesse hat** (§ 326 Abs. 2 BGB.). Anm. 101.

α) Voraussetzung ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Nichtsäumigen kein Interesse hat. Die Erfüllung des Vertrages ist etwas anderes als die Leistung des Säumigen, denn einen gewissen Wert wird die Kaufsache meist noch haben, auch wenn sie dem Vertragszweck nicht mehr dienen kann.

Entscheidend ist aber, ob für den Käufer die Kaufsache für den bestimmten Zweck oder zur Deckung des Bedarfs, wozu sie dienen soll, infolge des Verzuges nicht mehr verwendbar ist (RG. in Holdheim 05, 115). Im Großen und Ganzen deckt sich dieses Erfordernis mit der früheren Fassung: die Nachfrist sei nicht notwendig, wenn die Natur des Geschäfts dies nicht zuläßt. Die Umstände des einzelnen Falles im Zeitpunkt der Erfüllung entscheiden über dieses Erfordernis (RG. 4, 56). Die Rechtssicherheit erheischt bei dieser Prüfung die Anlegung eines strengen Maßstabes, damit nicht dem versehentlichen Unterlassen der Androhung mit Fristbestimmung nachträglich mit dem Vorbringen aufgeholfen werden kann, die Erfüllung habe infolge des Verzugs kein Interesse mehr für den vertragstreuen Teil gehabt (JW. 05, 492[15]). War also die gelieferte Ware wertlos, so bedeutet dies Nichterfüllung des Vertrags und enthebt gerade deshalb der Fristsetzung nicht (RG. 53, 90). Anderseits kommt es darauf nicht an, daß der Käufer die nicht rechtzeitig gelieferte Ware möglicherweise später noch verwenden konnte. Es ist also nicht nötig, daß die geschuldete Leistung für den Gläubiger gar kein Interesse mehr habe (RG. in SeuffA. 60, 190). Hatte der Käufer Ware für eine bestimmte Saison oder mit Rücksicht auf eine bestimmte Mode gekauft, so liegt der Fall des Abs. 2 § 326 BGB. vor (JW. 05, 136[11]). Ist die Saison vorüber, hat die Mode gewechselt, so bedarf es keiner Fristsetzung und Androhung. Die Ware ist nicht mehr zu Saisonpreisen verkäuflich. Der Käufer braucht (insbesondere bei einem Sukzessivlieferungsvertrag) nicht sein Lager zu füllen und statt der sukzessiven Zahlungen verschiedener Lieferungen deren gleichzeitige Zahlung zu übernehmen, wenn er die Ware auch nur sukzessive wieder unterbringen kann. Ob diese Zweckbestimmung dem anderen Teil bekannt war, ist gleichgültig. Das Gesetz bestimmt das nicht, setzt es auch nicht voraus. So liegt der Fall z. B. vor, wenn der Verkäufer die Ware für bestimmte Kunden berechnet hat, und diese Kunden wegen Verspätung den Vertrag gelöst haben, eine andere naheliegende Verkaufsmöglichkeit aber nicht gegeben ist (Bolze 1 Nr. 1094), oder der Fabrikant hat an Lieferung eines Artikels in der Wintersaison kein Interesse mehr, weil der Artikel für die Sommersaison in der Fabrikation Saisonartikel ist. Der Käufer, dem der Alleinverkauf eines neu einzuführenden Artikels auf verhältnismäßig kurze Zeit gegen Übernahme der Bezugspflicht für eine bestimmte Menge zugesagt war, hat kein Interesse mehr an der Erfüllung des ganzen Vertrags, wenn der Verkäufer auch nur vorübergehend das Alleinverkaufsrecht verletzt. Der Umstand allein, daß die Preise gesunken sind, genügt nicht, damit der Verkäufer kein Interesse mehr an der Erfüllung habe. Die Erfüllung mag dann mit Schaden für ihn verknüpft sein. Dann mag er den Schaden geltend machen und sich dazu das Recht nach Abs. 1 des § 326 BGB. wahren. An den Voraussetzungen des Abs. 2 des § 326 BGB. fehlt es aber (KG. in OLGR. 4, 19).

Es kann die Sache auch so liegen, daß der Verkäufer kein Interesse mehr an der Erfüllung d. h. daran hat, daß der Käufer ihm gegen Lieferung der Ware den Kaufpreis zahle.

β) Die Wirkung ist, daß alsdann die Rechte aus § 326 Abs. 1 BGB. (Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt) auch ohne eine Fristbestimmung dem Nichtsäumigen zustehen, Anm. 102.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. also lediglich infolge des eingetretenen Verzuges. Auch ohne Fristbestimmung; das bedeutet: ohne daß der Gläubiger dem säumigen Schuldner eine Frist unter Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme bestimmt. Weder die Bestimmung der Frist noch die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme ist also erforderlich (JW. 05, 492[15] u. 136[11]). Denn das eine ist nur eine Modalität des andern: es liegt eine Fristbestimmung unter Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme oder, wenn man will, umgekehrt eine mit Fristbestimmung versehene Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme vor (D. 220). Das weicht vom früheren Recht ab, nach dem in den gleichliegenden Fällen, wenn die Natur des Geschäfts die Gewährung einer Nachfrist nicht zuließ, eben nur diese, nicht auch das Erfordernis der Wahlanzeige fortfiel (vgl. 5. Aufl. Art. 356 § 22). Somit kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert oder der Rücktritt erklärt werden, ohne daß der Schuldner auch nur eine Anzeige davon zu erhalten braucht, daß die Annahme der Leistung abgelehnt ist. Dadurch ist der Schuldner schlecht gestellt, weil ihm unbekannte Umstände vorhanden sein können, aus denen der Gläubiger mit Recht die Folgerung herleitet, daß die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr hat. Der in Verzug geratene Schuldner kann so in die Lage kommen, die Erfüllung vorzubereiten, um, wenn er die Leistung dann anbietet, zu erfahren, daß der Gläubiger die Annahme ablehne, indem dieser, gestützt auf § 326 Abs. 2 BGB., von dem Recht des Rücktritts oder gar des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung ohne vorherige Fristbestimmung, ohne vorherige Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme und ohne Anzeige Gebrauch macht. Den Anschauungen des [Handelsstandes widerstrebt das in hohem Maße, und es kann nicht ausbleiben, daß sich alsbald Handelsgebräuche bilden, nach denen der säumige Teil in den Fällen, in denen der säumige Schuldner die Umstände nicht kannte, noch auch kennen mußte, aus denen die Interesselosigkeit der verspäteten Leistung für den Gläubiger folgt, dieser dem Schuldner eine Nachfrist setzen muß. Bezeichnend ist, daß der für die wiederhergestellte Berliner Produktenbörse im Anfange des Jahres 1900 festgestellte Schlußschein für die Zeitgeschäfte im effektiven Getreide die Bestimmung aufgenommen hat, daß der Nichtsäumige dem Säumigen ausnahmslos, auch in dem Falle des § 326 Abs. 2 BGB. eine Nachfrist gewähren müsse (Riesser, Die handelsr. Lieferungsgeschäfte S. 84). Besteht kein Handelsgebrauch, so kann doch Treu und Glauben (§ 242 BGB.) eine vorgängige Mitteilung des Gläubigers davon erheischen, daß für ihn kein Interesse mehr an der Erfüllung besteht, wenn die Leistung nicht bis zu einem gewissen Zeitpunkt erfolgt. Auf diesem Weg kann man unter besonderen Umständen auch zum Erfordernis einer gewissen Fristbewilligung gelangen.

Anm. 103. Für den Fall, daß der Nichtsäumige in solchem Falle Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, liegt eine Milderung in der Vorschrift des § 254 Abs. 2 BGB., nach der bei der Frage, ob und inwieweit ein verursachter Schaden zu ersetzen ist, mitwirkendes Verschulden des Beschädigten auch dann in Betracht kommt, wenn es darin besteht, daß er es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen (vgl. § 347 Anm. 12 ff.).

Anm. 104. Zu erwähnen ist schließlich noch, daß die Ausnahme nur dahin geht, daß der Nichtsäumige keine Nachfrist zu setzen *verpflichtet* ist. Er ist natürlich *berechtigt*, auch in den hier in Rede stehenden Fällen eine Nachfrist zu setzen. Aber er muß sich schlüssig machen. Er kann nicht den Rücktritt erklären und fürsorglich (etwa für den Fall, daß das Gericht eine Nachfrist für erforderlich hält) eine Frist bestimmen. Die eine Erklärung hebt die andere auf. Beide zusammen sind widerspruchsvoll und deshalb unbeachtlich. Wird aber die Erklärung dahin abgegeben, daß zwar der Rücktritt erklärt, aber dem Schuldner, falls er eine Frist wünscht oder die Setzung einer solchen für angemessen oder notwendig hält, zugleich eine Nachfrist gesetzt wird, so liegt darin eine Fristsetzung, nicht die Erklärung sofortigen Rücktritts, sondern nur die Verbindung der Wahlanzeige mit der Fristsetzung. Denn es wird dem Schuldner deutlich eine Frist für den Fall gesetzt, daß er sie für angezeigt erachtet. Die Frage wird bedeutsam, wenn es zweifelhaft ist, ob ein Geschäft ein

Digitized by Google

Fixgeschäft oder ein Geschäft ohne Nachfrist ist. Der Nichtsäumige muß sich, wie soeben dargelegt, entschließen. Eine formelle Nachfrist gibt es nicht. Ergl. zu § 374.

g) **Andere gesetzliche Ausnahmen zu machen ist nicht gestattet.** Jedoch liegt ein Ausnahmefall vor, wenn der säumige Teil die Erfüllung bestimmt verweigert hat (oben Anm. 84 ff.). Anm. 105.

h) **Dagegen ist es gestattet, auf die Fristbestimmung durch Vertrag zu verzichten,** sowohl im voraus (ROHG. 11, 425), als auch nachträglich (RG. 7, 79; vgl. oben Anm. 90). Das Geschäft wird dadurch noch kein Fixgeschäft (Näheres § 376 Anm. 6 u. 19). Anm. 106.

Auch sonstige Abänderungen der gesetzlichen Bestimmungen über die im Falle des Verzuges dem nichtsäumigen Teil zustehenden Rechte sind zulässig. Es kann z. B. vereinbart werden, daß der säumige Teil verpflichtet ist, eine Nachfrist ausdrücklich oder gar schriftlich, vor Ablauf der Verfallzeit oder nachher nachzusuchen, widrigenfalls er das Recht auf sie verliert; es kann vereinbart werden, daß die Nachfrist eine bestimmte Zeit beträgt, ohne daß dadurch das Geschäft ein Fixgeschäft würde (Näheres hierüber zu § 376 Anm. 6 u. 19). Es kann auch vereinbart werden, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur auf Grund eines amtlichen Verkaufs oder Ankaufs beansprucht werden dürfe. Es kann auch vereinbart werden, daß der Selbsthilfeverkauf und der Deckungskauf für Rechnung des säumigen Teils erfolgen, so daß ein etwaiger Mehrerlös diesem zugute kommt. Es kann vereinbart werden, daß der nichtsäumige Teil das Rücktrittsrecht überhaupt nicht hat usw. Es kann aber nicht eine Nachfrist im voraus vereinbart werden. Anm. 107.

4. **Die Wirkungen des ausgeübten Wahlrechts** oder die Wirkungen des fruchtlosen Ablaufs der gehörigen Fristbestimmung. Anm. 108.

a) **Die Wahl des Gläubigers ist endgültig getroffen,** sobald die bestimmte Frist abgelaufen ist. Er kann davon nicht mehr zurücktreten (ROHG. 24, 331). Das ganze Rechtsverhältnis hat eine Umwandlung erfahren. Der Käufer kann Erfüllung nicht mehr fordern, der Verkäufer kann nicht mehr leisten und keine Zahlung mehr begehren, d. h. nicht als Erfüllung (RG. 52, 94; 56, 234). Der vertragstreue Teil gerät durch Nichtannahme der Leistung nicht mehr in Verzug. Der Verkäufer kann keinen Selbsthilfeverkauf nach § 373 mehr vornehmen. Der Gläubiger hat nunmehr nur noch die engere Wahl zwischen dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dem Rücktrittsrecht, wenn er nicht etwa schon bei seiner Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme diese engere Wahl getroffen hat (oben Anm. 96). Trifft er, sei es gleichzeitig mit der Androhung der Erfüllungsablehnung oder nunmehr nach fruchtlosem Ablauf der gestellten Frist, die engere Wahl zwischen Nichterfüllungsschaden und Rücktritt, so ist er daran gebunden. Die einmal getroffene Wahl ist unabänderlich. Diese Unabänderlichkeit gilt in gleicher Weise sowohl hinsichtlich der Erfüllungsablehnung als auch hinsichtlich der getroffenen engeren Wahl unter den zwei alsdann zustehenden Rechten. Eine Zurücknahme dieser einseitigen, empfangs- aber nicht annahmebedürftigen Erklärungen ist nicht möglich (RG. 53, 166), sollten die Erklärungen auch vor der Fälligkeit in solchen Fällen abgegeben sein, in denen eine Fristsetzung nicht nötig ist, wie bei der ernstlichen Erfüllungsweigerung (JW. 04, 536[8]; oben Anm. 97) und im Falle des § 326 Abs. 2 BGB. (oben Anm. 101 ff.). Das Verlangen des Nichtsäumigen auf Erfüllung ist wie ein neuer Vertragsantrag zu behandeln. Es lebt damit nicht etwa der Anspruch auf Erfüllung wieder auf. Der Anspruch auf Erfüllung bleibt erloschen. Daher würde es einer Feststellungswiderklage des Säumigen, daß der Kauf unter Stundung des Preises abgeschlossen worden sei, am Interesse fehlen. Die Wirkungen dieser Umwandlung des ganzen Vertragsverhältnisses zeigen sich auch darin, daß der Verkäufer, der den Ausfall eines formell ungültigen Selbsthilfeverkaufs nach § 373 einklagt, die Ergebnisse dieses Verkaufs nicht zugleich als konkreten Schaden wegen Nichterfüllung geltend machen kann. Beides sind unvereinbare Gegensätze (RG. 57, 107). Wohl aber kann der Verkäufer von vornherein den Selbsthilfeverkauf zur Aufmachung seines Schadens wegen Nichterfüllung verwenden und zugleich, für den Fall, daß ihm ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. nicht zu-

Digitized by Google

Ergl. zu § 374. stehen sollte, fürsorglich Erfüllung nebst Zögerungsschaden begehren und hierzu als Grundlage den Selbsthilfeverkauf nach § 373 verwenden (vgl. § 373 Anm. 51). Daraus, daß der Verkäufer die Ware nach § 373 versteigert hat, läßt sich noch nicht schließen, daß er die Erfüllung gewählt, d. h. die Folgen des Annahmeverzugs gezogen hat (JW. 03 Beil. 7[16]); denn dem Verkäufer steht es im Fall des Zahlungsverzugs frei, ob er die Ware in den Formen des § 373 oder sonstwie veräußern will. Es fragt sich in solchem Falle also, welches Recht ausgeübt werden sollte. Die Rechtssicherheit verlangt aber, daß wegen der obengedachten bedeutsamen Wirkungen die Erklärungen des Nichtsäumigen in zweifelsfreier Weise abgegeben werden. (Selbstverständlich ist durch obige Darlegung der Fall nicht getroffen, wenn infolge veränderter Umstände nach § 268 Nr. 3 CPO. an Stelle des Erfüllungsanspruchs der Anspruch auf das Interesse tritt; JW. 97, 53[14]; 03 Beil. 67[156].)

Anm. 109. Ist Rücktritt gewählt, so erlischt das ganze Schuldverhältnis und zwar auch für die Vergangenheit (oben Anm. 3, 35, 75) — im Gegensatz zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung (RG. 50, 266; JW. 02 Beil. 251[158]). Vielfach will jedoch bei Abgabe der Rücktrittserklärung, wenn mit ihr zugleich die an und für sich unvereinbare Erklärung abgegeben wird, es werde auch Schadensersatz verlangt, nicht im technischen Sinne zurückgetreten, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt werden. Es ist daher Tatfrage, was gemeint war (Förtsch DJZ. 05, 19; oben Anm. 94). Wäre die Wahlerklärung in der Tat auf das eine und auf das andere zusammen gerichtet, so wäre sie wirkungslos. Ist nur Rücktritt gewollt, so findet ein Übergehen zum Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht statt (JW. 04, 536[3]).

Anm. 110. Ist Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt, so ist dagegen ein Übergehen zum Rücktritt zulässig. Beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung und beim Rücktritt ist die Erfüllung ausgeschlossen. Beim Übergang vom ersteren auf den Rücktritt bleibt die Erfüllung ausgeschlossen. Das Verhältnis wird nur insofern ein anderes, als der nichtsäumige Teil auf die weitere Verfolgung seines Schadensanspruchs verzichtet (RG. 61, 87). Der Säumige hat gar kein Interesse, diese ihm günstige Änderung abzulehnen. Innerhalb des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der vertragstreue Teil beliebig von der getroffenen Wahl abgehen. Das will sagen: hat er von den ihm zur Wahl stehenden mehreren Arten von Schadensaufmachungen die eine gewählt, so ist er daran nicht gebunden und kann noch die andere geltend machen; er kann von der abstrakten auf die konkrete und von der konkreten auf die abstrakte Schadensliquidation übergehen. Die Androhung des Käufers, er werde sich auf Kosten des säumigen Verkäufers decken, hindert ihn nicht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, auch wenn er den Deckungskauf unterlassen hat, und wenn er den angedrohten Deckungsverkauf verwirklichte, aber zu spät oder zu früh oder nicht gehörig, so kann er immer noch den abstrakten Schaden berechnen (RG. 6, 58 u. RG. 29. 5. 06 II 538/05), sofern darin nur nicht ein konkurrierendes Versehen liegt, das nach § 254 BGB. bei jeder Schadensberechnung in Betracht kommt.

Anm. 111. Der Ausschluß des Erfüllungsanspruchs durch Ablauf der Nachfrist kann den Säumigen in eine unbequeme Lage versetzen, wenn der Gläubiger zögert, nach Ablauf der Frist eines der ihm zustehenden Rechte: Rücktritt oder Schadensersatz zu wählen. Aus dem Schwebezustand kann er sich allerdings nicht durch Anbieten der Erfüllung befreien (oben Anm. 108). Das Gesetz gibt ihm eine andere Hilfe. Übt nämlich der Nichtsäumige die ihm zustehende engere Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt nicht aus, so kann ihm der Schuldner eine Frist stellen, nach deren fruchtlosen Ablauf das Recht auf Rücktritt erlischt und nur noch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung übrig bleibt (§§ 355, 327 BGB.).

Anm. 112. b) **Dem Schuldner ist die Möglichkeit der Heilung des Verzuges nunmehr genommen.** Auch gegen ihn ist die mit Ablauf der Nachfrist verwirklichte Drohung bindend (oben Anm. 108). Bis zum Ablauf der Nachfrist besteht das ursprüngliche Recht des Nichtsäumigen auf Erfüllung nebst Zögerungsschaden. Der Säumige genügt nur seiner Rechtspflicht, wenn er er-

Digitized by Google

füllt. Tut er dies vor Ablauf der Nachfrist, so hat er den Verzug geheilt. Das heißt, nur die von fruchtlosem Ablauf der Nachfrist abhängige Wahl des Nichtsäumigen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt ist abgewendet. Der Nichtsäumige kann sich sein Wahlrecht nicht vorbehalten. Dagegen werden die Folgen des bereits eingetretenen Verzugs, also der Anspruch auf Entschädigung wegen verzögerter Erfüllung, nur für die Zukunft beseitigt (JW. 05, 13[3]). Der Anspruch auf Verzögerungsentschädigung bis zur Erfüllung bleibt erhalten (ROHG. 13, 99; 14, 394; Bolze 8 Nr. 484; JW. 91, 97[27]). Insbesondere kann der säumige Teil, wenn er sich zur Erfüllung erbietet, ehe die vom Nichtsäumigen gestellte Nachfrist abgelaufen ist, den Nichtsäumigen zur Erfüllung zwingen (Bolze 2 Nr. 1016) und im Falle seiner Weigerung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern (Bolze 7 Nr. 1016). *Der Nichtsäumige erfüllt also rechtzeitig, wenn er innerhalb der Nachfrist erfüllt.* Die innerhalb angemessener Nachfrist bewirkte Erfüllung kann der vertragstreue Gegner nicht zurückweisen (RG. 7, 79; 56, 234; 62, 67; oben Anm. 90). Durch die Lieferung vertragswidriger und deshalb zurückgewiesener Ware wird jedoch der Verzug nicht geheilt (RG. II 111/04 Urt. v. 4. 11. 04). Prozeßvollmacht (§ 81 CPO.) berechtigt zur Bereitschaftserklärung. Die Erklärung wird mit Zustellung des die Erklärung enthaltenden Schriftsatzes an den Gegenanwalt wirksam (RG. in SeuffA. 60, 333; vgl. auch oben Anm. 78). *Hat der Säumige innerhalb der Nachfrist nicht erfüllt, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen*, wie dies oben Anm. 108 dargelegt ist. Es ist alsdann gleichgültig, ob die Nachfrist deshalb fruchtlos abgelaufen ist, weil die Leistung während des Laufs der Nachfrist dem Schuldner durch Zufall unmöglich geworden ist; es wäre denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Lieferung beim Gläubiger eingetreten wäre (§ 287 BGB.; vgl. RG. 55, 120). Gewährt jedoch das nach Ablauf der Nachfrist erfolgende Erfüllungsangebot dem Nichtsäumigen alles, wofür er den Säumigen verantwortlich machen konnte, so muß er mangels jeden Interesses das Erfüllungsangebot annehmen (SeuffA. 39, 62). Erk. zu § 374.

Ist die Erfüllung von dem Säumigen ernstlich verweigert, so verzichtet der Weigernde auf Nachfrist. Es bedarf keiner Nachfristsetzung (oben Anm. 84). Ist die Weigerung *vor der Fälligkeit* erklärt und hat der vertragstreue Teil die Folgerung daraus, sei es durch die Erklärung, daß er Erfüllung nicht mehr annehme, sei es durch die Erklärung, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt wähle, gezogen, so ist der in der Weigerung enthaltene Verzicht angenommen. Diese Annahme wird mit der Fälligkeit der verweigerten Leistung wirksam. Bis dahin kann der Weigernde seine Weigerung noch zurücknehmen und Erfüllung wirksam anbieten (oben Anm. 86). Diese Möglichkeit ist dem Weigernden genommen, wenn der vertragstreue Teil sich vor der Fälligkeit die Leistung, deren Ausbleiben ja anzunehmen war, auf den Zeitpunkt der Fälligkeit sichern mußte oder ein besonderes Interesse daran nachweisen kann, daß er vor der Fälligkeit eine endgültige Ordnung herbeiführen mußte (vgl. oben Anm. 86 u. RG. 52, 153). Auch dann kann der Säumige den früheren Zustand durch nachträgliche Erfüllungsbereitwilligkeit nicht wiederherstellen, wenn durch die unberechtigte Weigerung die Erfüllung des Vertragszwecks ernstlich gefährdet worden ist — und das ist der Fall, wenn die Weigerung ein Lossagen vom ganzen Vertrag darstellt (hierüber unten Anm. 172 ff.). Die Geltendmachung der Rechte aus einer solchen positiven Vertragsverletzung verschließt dem Weigernden die Möglichkeit nachträglicher Erfüllung (RG. 57, 113; vgl. oben Anm. 86 am Ende). Ist die Weigerung *nach der Fälligkeit* erfolgt, so kann der vertragstreue Teil nun ohne Fristsetzung seine Rechte geltend machen (und es ist nicht einmal eine Mitteilung davon an den Säumigen nötig, oben Anm. 63). Sobald dies geschehen, kann der Säumige nicht mehr erfüllen. Der Verzug kann nicht mehr geheilt werden; es wäre denn, daß dem vertragstreuen Teil alles gewährt wird, was er beanspruchen kann (vgl. ROHG. 13, 105). Anm. 113.

Hat die Erfüllung des Vertrags für den Gläubiger das Interesse verloren (oben Anm. 101), so findet eine Heilung des Verzugs nicht statt (ROHG. 8, 14; 13, 103; 23, 40). Das Interesse des Gläubigers kann auch nachträglich hinwegfallen, nachdem eine Anm. 114.

Digitized by Google

Erk. zu § 374. gesetzte Nachfrist bereits ihren Lauf begonnen hatte. In diesem Falle erfordert es Treu und Glauben, daß der Nichtsäumige seinem Gegner hiervon unverzüglich Kenntnis gibt. Unter Umständen ist sogar Bewilligung einer gewissen Frist zu fordern (oben Anm. 102).

Anm. 115. c) **Diese Wirkungen treten aber nur ein, wenn der Nichtsäumige sein Recht in zulässiger Weise ausgeübt hat.** Hatte er es in unzulässiger Weise ausgeübt, so treten natürlich die Wirkungen nicht ein. Hat der Nichtsäumige z. B. dem Käufer nur eine Frist bestimmt, aber ohne die Ablehnung der Leistungsannahme anzudrohen, oder hat er umgekehrt die Ablehnung der Leistungsannahme angedroht, ohne eine Frist zu bestimmen, so ist dies unzulässig, und der Vertrag bleibt bestehen. Beide Teile, nicht nur der Säumige, sondern auch der Nichtsäumige können sich auf die wirkungslose Ausübung des Wahlrechts berufen und den Vertrag als bestehend behandeln. (Bolze 18 Nr. 456; JW. 98, 363[50].) Ein anderes Beispiel ist, daß der Verkäufer, ohne Nachfrist zu setzen, und ohne daß der Ausnahmefall der Interessefolosigkeit an der Vertragserfüllung vorliegt, erklärt, er werde die Annahme der Erfüllung ablehnen, oder daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung beansprucht. In diesem Fall ist nicht das Recht auf Erfüllung für ihn endgültig verloren gegangen, vielmehr ist es bestehen geblieben (JW. 02 Beil. 196). Cosack (BGB. I § 105 II 2a Anm. 18 u. § 123 III 2cγ) nimmt sogar an, bei völliger Verweigerung der Nachfrist laufe immer eine angemessene Frist, gerade wie bei der Satzung zu kurzer Frist. Allein wer eine zu kurze Frist setzt, will dem Gesetz nachkommen, also eine angemessene Frist setzen. Wer eine Nachfrist verweigert, will dem Gesetz entgegenhandeln. Seine ganze Erklärung nebst Wahlanzeige ist wirkungslos (RG. 56, 234; oben Anm. 82). Außerdem setzt er sich selbst in Verzug und kann sich einer positiven Vertragsverletzung schuldig machen.

Ein weiterer Fall ist es, wenn, obgleich nur Abnahmeverzug vorliegt, und die Abnahme nicht als Hauptleistung anzusehen ist, die Rechte aus Schuldnerverzug nach § 326 Abs. 1 BGB. geltend gemacht werden (RG. 57, 108; vgl. unten Anm. 165). Wie die mit der Wahlanzeige abgegebenen Erklärungen auszulegen sind, ist oben Anm. 93ff. u. 109 auseinandergesetzt.

B. Besonderheiten für den Fall, daß der Nichtsäumige ganz oder zum Teil erfüllt hat.

Anm. 116. Nur eine wirkliche Besonderheit besteht hier, nämlich in dem Falle, daß der Verkäufer die Sache übergeben hat und der Kaufpreis gestundet ist. Hierüber siehe unten Anm. 118. Die andern Möglichkeiten bieten keine Besonderheit. Es sind folgende:

Anm. 117. I. **Ist der Käufer im Verzuge,** so sind zwei Fälle zu unterscheiden: Der Fall, daß ihm der Kaufpreis nicht gestundet ist, und der Fall, daß der Kaufpreis gestundet ist.

1. **Ist dem Käufer der Kaufpreis nicht gestundet,** so bietet der Fall keine Besonderheiten: es treten lediglich die Folgen ein, die sich aus den im Hauptfall zu A aufgestellten Grundsätzen ergeben. Hat also der Verkäufer ganz erfüllt, und ist der Käufer im Verzuge, so hat der Verkäufer das dreifache Wahlrecht (im früheren Recht war dies anders. Der frühere Art. 354 bezog sich nur auf den Fall, daß der Verkäufer noch nicht übergeben hatte). Er kann also entweder Zahlung des Kaufpreises und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, also Verzugszinsen und etwaigen weiteren Schaden, beanspruchen (oben Anm. 22) oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auch den Rücktritt wählen. Neben Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Verkäufer die gelieferte Ware nicht zurückfordern. Das wäre ja Rücktritt. Nur seine Leistung, soweit sie noch aussteht, braucht er richtiger Ansicht nach nicht zu bewirken (oben Anm. 24ff.; Cosack BGB. I § 130, 2 u. § 99 Anm. 10 will dagegen dem Verkäufer das Recht geben, dem Käufer die Sache zu belassen oder sie zurückzufordern und deren Wert vom Schadensersatz in Abzug zu bringen). Sein Anspruch besteht darin, daß der Käufer den Vertrag nicht erfüllt, obgleich er geschlossen und vom Verkäufer bereits ganz oder zum Teil erfüllt ist; die durch diese Sach- und Rechtslage geschaffene Vermögensverschlechterung des Verkäufers ist der Schaden, der ihm erwachsen und vom Käufer in Geld zu ersetzen ist. Will er den Schaden abstrakt berechnen, so besteht der Schaden in diesem

Digitized by Google

Falle in dem Betrage des Kaufpreises und den Verzugszinsen. Wenn er ihn konkret berechnen will, so kann er einen Selbsthilfeverkauf nicht zugrunde legen. Denn die Ware gehört dem Käufer und ist von diesem an- bzw. abgenommen. Der Verkäufer hat daher nicht die Macht und nicht das Recht zu einem Selbsthilfeverkauf (D. 220). Vielmehr kann er seine konkrete Berechnung nur auf solche Verluste stützen, die ihm die Nichtzahlung des Kaufpreises gebracht hat. Praktisch wird dies meist mit dem Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zusammenfallen (D. 220); jedoch nicht immer, z. B. dann nicht, wenn der Verkäufer noch andere Leistungen zu machen hatte, die ihm ja in diesem Falle erspart bleiben, besonders wenn der Verkäufer nur zum Teil erfüllt hat. — Im Falle des Rücktritts greifen die §§ 346—357 BGB. Platz: der Käufer muß also die Ware zurückgeben, da beide Teile einander das Empfangene zurückzugewähren haben (§ 346 BGB.), für Verschlechterungen, Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Rückgabe wird Schadensersatz geleistet, Nutzungen müssen vergütet, Verwendungen ersetzt werden (§ 347 BGB.). Diese Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen (§ 348 BGB.). Im übrigen siehe über dies Rücktrittsrecht oben Anm. 35 u. 3. Exk. zu § 374.

2. **Ist dem Käufer der Kaufpreis gestundet** und hat der Verkäufer schon vollständig erfüllt (also verkauft und übergeben, oben Anm. 39 ff.) — Teilerfüllung steht der Vollerfüllung nicht gleich, wenn es sich nicht nur um Ausbleiben eines geringfügigen Teils handelt RG. 50, 140 —, so tritt eine Besonderheit ein. Hier bestimmt § 454 BGB., daß der Verkäufer das Rücktrittsrecht nicht hat. Er hat also nur ein zweifaches Wahlrecht: Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das Rücktrittsrecht dagegen ist dem Verkäufer in diesem Falle versagt. Der Grundgedanke des Gesetzes ist der, daß der Käufer, wenn ihm der Kaufpreis gestundet ist, ohne Gefahr über die Ware verfügen soll. Er soll nicht Gefahr laufen, nachträglich zur Rückgabe der Ware verpflichtet zu sein (daraus ergibt sich zugleich, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung den Anspruch auf das vom Nichtsäumigen Geleistete ausschließt). Für den Fall, daß der Verkäufer den Vertrag zum Teil erfüllt hat, greift § 454 BGB. ebenfalls Platz. Es soll ihm das Recht versagt sein, welches den Käufer in die Lage bringt, das vom Verkäufer Geleistete zurückgeben zu müssen. Sonst wäre er in seiner Bewegungsfreiheit hinsichtlich der empfangenen Ware gehindert; die Stundung des Kaufpreises würde ihm wenig Vorteil bringen. Anm. 118.

Die Stundung des Kaufpreises liegt dann vor, wenn dem Käufer gestattet ist, den Kaufpreis nach vollendeter Lieferung, also nach Vollerfüllung zu leisten. Wenn der Zahlungstermin und der Lieferungstermin hinausgeschoben ist, beide Leistungen aber Zug um Zug zu erfüllen sind, oder die Zahlung vor der Leistung des Verkäufers fällig sein soll, so liegt Stundung nicht vor. Bloße Nichteinforderung des Kaufpreises trotz Lieferung der Ware ist ebenfalls keine Stundung. Einbeziehung des Kaufpreises in ein Kontokorrentverhältnis ist Stundung (§ 355 Anm. 16). Ist dem Käufer der Kaufpreis zwar gestundet, aber nur gegen Sicherheiten (Wechsel, Pfänder, Bürgschaft), so liegt der Fall des § 454 BGB. nicht eher vor, als bis die Sicherheiten gegeben sind. Denn in solchem Falle liegt keine einfache Stundung vor, sondern eine bedingte. Der Kaufpreis soll in diesem Falle eben nicht ohne weiteres gestundet werden, sondern nur, wenn der Käufer durch Wechsel, Pfänder oder Bürgschaften dem Verkäufer Sicherheit gewährt, daß beim Ablauf des Ziels Zahlung erfolgen werde. Mit der Verweigerung der zugesagten Sicherheiten fällt die Bedingung der Stundung fort (Exk. vor § 373 Anm. 64). Ist aber der Wechsel gegeben, so liegt Stundung des Kaufpreises bis zum Ablauf des wechselmäßigen Zahlungsziels vor und greift § 454 BGB. Platz. Oft liegt eine stillschweigende, auf Handelsgebrauch beruhende Stundung vor. So ist es z. B. im Geschäftsverkehr oft üblich, daß der Kaufpreis der innerhalb eines Monats erfolgten Lieferungen erst nach Ablauf des Monats nach Empfang des Monatsauszuges reguliert wird. Anm. 119.

Ist ein Teil des Kaufpreises gestundet, so bleibt der Rücktritt nur wegen der Nichtbezahlung dieses Teiles ausgeschlossen. Er bleibt zulässig, wenn die Voraussetzungen des Verzuges bei dem übrigen Teil des Kaufpreises eintreten. Anm. 120.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. II. **Ist der Verkäufer im Verzuge,** so tritt keine Besonderheit ein, mag der Käufer ganz oder zum Teil erfüllt haben, mag der Kaufpreis gestundet sein oder nicht.

Anm. 121. 1. Fordert daher der Käufer Erfüllung, d. h. Lieferung der Sache, so bleibt seine Verpflichtung zur Zahlung des Restkaufpreises in Kraft, es sei denn, daß seine Kaufpreisschuld gegen den vom Verkäufer zu leistenden Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung ganz oder zum Teil aufgerechnet werden kann (Cosack BGB. I § 123 III 7a).

Anm. 122. 2. Fordert der Käufer statt der Lieferung Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so kann er den bereits gezahlten Kaufpreis nicht zurückfordern, er mag ihn ganz oder zum Teil geleistet haben. Das wäre ja sonst Rücktritt. Nur soweit der Kaufpreis gezahlt ist, kann er ihn nicht zurückfordern. Sein Schaden besteht darin, daß der Käufer nicht liefert, obgleich er sich zur Lieferung verpflichtet und den Kaufpreis bereits ganz oder zum Teil gezahlt erhalten hat. Aber von Gegenleistungen, soweit sie noch ausstehen, wird der Käufer befreit. Denn er braucht ja nur zu leisten, wenn der Verkäufer liefert (vgl. oben Anm. 57). Natürlich muß der Käufer bei seiner Schadensberechnung alles, was er durch Unterlassung der Gegenleistung erspart, in Abzug bringen. Bei der Berechnung des Schadens wird der Betrag des gezahlten Kaufpreises als der erste handgreifliche Schaden zunächst in Ansatz kommen (ROHG. 24, 107). Bei der Berechnung des Schadensersatzes kann der Käufer ferner von dem gezahlten Kaufpreis auch Zinsen verlangen, und zwar vom Tage der Zahlung ab, denn in dem entgangenen Zinsgenusse liegt auch ein Schaden (Bolze 4 Nr. 254). In der Ausübung wird der Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Ausübung des Rücktrittsrechts oft ähnlich sein. Aber das darf zu einer allgemeinen Identifizierung beider Rechte nicht führen.

Anm. 123. 3. Tritt der Käufer vom Vertrage zurück, so wird er von seinen Verpflichtungen frei. Er kann also auch den bereits gezahlten Kaufpreis zurückfordern und zwar samt Zinsen (vgl. oben Anm. 75 u. 3; § 347 BGB.).

Anm. 124. III. Diese Grundsätze kommen auch zur Anwendung bei den sogenannten **Sukzessivlieferungsgeschäften.** Kommt der Käufer mit der Bezahlung des ersten Postens, der Verkäufer mit der Lieferung des ersten Postens in Verzug, so kann das dreifache und wenn der Kaufpreis gestundet ist, das zweifache Wahlrecht hinsichtlich des ganzen Geschäfts ausgeübt werden. Näheres hierüber unten Anm. 135 ff.

Anm. 125. IV. **Im übrigen gelten natürlich die oben im Hauptfall unter A. erörterten Grundsätze** auch dann, wenn der nichtsäumige Teil ganz oder zum Teil erfüllt hat.

C. Besonderheiten in dem Falle, bei dem der Säumige schon zum Teil erfüllt hat, insbesondere die Sukzessivlieferungsgeschäfte.

Anm. 126. I. Für den Fall, daß der Säumige schon zum Teil erfüllt hat, kommen **folgende Vorschriften zur Anwendung:**

§ 326 Abs. 1 Satz 3 BGB.: Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist theilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

§ 325 Abs. 1 Satz 2 BGB.: Bei theilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die theilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten.

§ 280 Abs. 2 BGB.: Im Falle theilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Theiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die theilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung.

Über den Begriff einer Teilleistung siehe oben Anm. 11 u. 45.

Anm. 127. II. **Voraussetzung ist, daß der Säumige zum Teil schon erfüllt hat,** sei es, daß er berechtigt war, teilweise zu erfüllen, oder daß der Gläubiger die teilweise Erfüllung ohne Rechtspflicht angenommen hat. Denn der § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. behandelt ja nur den Fall, daß die Leistung teilweise „bewirkt" ist. Sie muß also teilweise bereits bewirkt, also nicht nur

Digitized by Google

angeboten sein. Denn an dem Grundsatze des § 266 BGB., daß der Gläubiger Teilleistungen nicht anzunehmen braucht, sollte durch den § 326 BGB. nicht gerüttelt werden. Bietet vielmehr der Säumige die Leistung teilweise an, ohne dazu berechtigt zu sein, so ist der Gläubiger befugt, sie abzulehnen, und es gilt dann alles, was für den Totalverzug gilt. Nur ist zu beachten, daß der Teilverzug dann dem Gläubiger überhaupt keine Verzugsrechte gewährt, wenn der ausbleibende Rest unwesentlicher Natur ist (oben Anm. 11 u. 45). Nimmt aber der Gläubiger die Teilleistung an, mit oder ohne Rechtspflicht, ist also die Leistung teilweise bewirkt, und liegt der Verzug in der Leistung eines weiteren Teiles vor, so greift unsere Vorschrift Platz. Ob die teilweise Erfüllung vor oder nach Setzung der Nachfrist des § 326 Abs. 1 BGB. bewirkt wurde, bleibt gleichgültig. Entscheidend ist, daß der Schuldner bis zum Ablauf der Nachfrist seine Leistung nur teilweise bewirkt hat (RG. 50, 141). Erl. zu § 374.

III. **In diesem Falle kommt es darauf an, ob die teilweise beiderseitige Erfüllung für den Nichtsäumigen Interesse hat oder nicht.** Also nicht darum handelt es sich, daß der Nichtsäumige an der Teilleistung kein Interesse hat — denn ein Interesse ist schließlich an jeder Leistung vorhanden — sondern darum, daß die teilweise Erfüllung des ganzen Vertrags kein Interesse mehr für ihn hat (RG. 50, 143). Anm. 128.

1. Hat die teilweise Erfüllung für ihn Interesse, so hat er nur hinsichtlich des noch ausstehenden Teiles das dreifache Wahlrecht. Insbesondere kann er, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, dieses Recht nur hinsichtlich des Restes ausüben. Soweit die Leistung bewirkt ist, bleibt es dabei. Er muß also für die bereits bewirkte Leistung den entsprechenden Teil der Gegenleistung bewirken. Ebenso kann er nur wegen des noch ausstehenden Restes der Leistung sein Rücktrittsrecht ausüben. Für den bereits bewirkten Teil der Leistung muß er seine Gegenleistung bewirken.

„Der Verzug ergreift also in seinen Wirkungen nur den noch rückständigen Rest, der bereits erfüllte Teil des Vertrages löst sich als selbständig zu erledigen ab". In dieser Weise hatte Keyßner die Rechtslage, die sich hierbei ergibt, beurteilt, als es sich um die Erläuterung des früheren Art. 359 handelte. Es muß hier das gleiche gelten. Denn es handelt sich hier um die gleiche Materie, die der Art. 359 regelte. Der Unterschied liegt nur darin, daß der Art. 359 den Fall ausdrücklich regelte, in welchem die Leistung teilbar ist, der § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. dagegen umgekehrt den Fall ausdrücklich regelt, in welchem die Leistung nicht teilbar ist, während die Regelung des anderen Falles, daß die Leistung teilbar ist, jetzt aus dem Zusammenhange der Gesetzesvorschriften zu entnehmen ist. Aus diesem aber folgt das hier dargestellte Ergebnis. Denn wenn das Gesetz nur in dem Falle der Unteilbarkeit die Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt hinsichtlich des ganzen Vertrages gibt, so folgt hieraus mit zwingender Notwendigkeit, daß im Falle der Teilbarkeit der Leistung diese Rechte nur wegen des durch Erfüllung noch nicht erledigten Teils des Vertrages ausgeübt werden können. Es ist also nach Lage des einzelnen Falles zu beurteilen, ob der Nichtsäumige bei der teilweisen (an sich noch möglichen) Erfüllung des einheitlichen Vertrags Interesse hat oder nicht (Prot. II 64). Anm. 129.

2. Hat aber die teilweise Erfüllung für den Nichtsäumigen kein Interesse, so kann der Nichtsäumige die Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und auf Rücktritt in Bezug auf den ganzen Vertrag geltend machen. Dies ist der Fall, wenn es sich um einen untrennbaren Vertrag über einen unteilbaren Gegenstand handelt. Es wird alsdann die Unmöglichkeit der noch ausstehenden Leistung fingiert (Prot. II 64; RG. 50, 143; JW. 98, 167[40]). Der Käufer, dem der Verkäufer zwar einen Teil der Ware geliefert hat, den anderen Teil aber nicht, kann, wenn er darlegen kann, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, in derselben Weise seinen Schadensersatz verlangen, wie wenn der Verkäufer den ganzen Vertrag nicht erfüllt hätte. Demzufolge muß er natürlich die bereits empfangene Ware zurückgeben. Denn er macht ja geltend, daß der empfangene Teil für ihn kein Interesse hat. Darauf bezieht sich § 280 Abs. 2 BGB., der gemäß § 326 Abs. 1 Satz 3 und § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB. hier Anwendung findet. Für diese Rückgabe finden die Regeln Anm. 130.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. über das Rücktrittsrecht Anwendung (§§ 327 Satz 1, 346, 347 BGB.). Hat der Nichtsäumige bereits ganz oder teilweise erfüllt, so kann er, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, das Geleistete zurückverlangen, wenn die Art der Schadensberechnung dies mit sich bringt. Denn § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. zieht den § 325 Abs. 1 Satz 2 an. Diese Gesetzesstelle verlangt wiederum die Anwendung des § 280 Abs. 2 BGB. Nach dessen letzten Satz finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 BGB. entsprechende Anwendung. Der Verkäufer muß also die erhaltene Anzahlung nebst Zinsen zurückgeben, wenn die noch mögliche Teilerfüllung für den Käufer kein Interesse hat, und er kann dagegen mit etwaigen Ansprüchen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, falls ihm nach § 326 BGB. solche zustehen, aufrechnen (RG. 52, 95). So kann auch der Nichtsäumige den gelieferten Teil z. B. einer Maschine zurückgeben, wenn die unvollständige Maschine für ihn unverwendbar ist und Rückerstattung der Anzahlung mit Zinsen begehren sowie den durch die Nichtverkäuflichkeit entstandenen Gewinnverlust in Ansatz bringen. Dagegen kann nur Schadensersatz wegen des ausgebliebenen Teils begehrt werden, wenn nur das Interesse an diesem nicht mehr vorhanden ist.

Anm. 131. 3. Bei Anwendung der Regeln zu 1 und 2 kommt es nicht darauf an, ob der Gegenstand nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien teilbar ist. Insofern unterscheidet sich diese Regelung von der des früheren Art. 359. Es kommt lediglich objektiv darauf an, ob die teilweise Erfüllung für den nichtsäumigen Teil Interesse hat oder nicht. Dafür ist es aber bedeutsam, ob nach dem Parteiwillen eine einheitliche Leistung als vereinbart anzusehen ist (vgl. JW. 05, 172[13]).

Anm. 132. 4. Beispiele für den Fall, daß die teilweise Erfüllung des Vertrages ohne Interesse für den Nichtsäumigen ist: Ein Farbensortiment von Waren; Lieferung der gesamten Einrichtung eines Gasthofes (ROHG. 21, 204); Partiekauf (Ramschware); Lieferung einer Maschine (ROHG. 19, 2); eines zusammenhängenden literarischen Werkes; eines Zweigespanns von Pferden; ferner der Fall, wenn die Ware nach kaufmännischer Sitte nur in einer Minimalquantität gehandelt wird. Doch kann auch in solchem Falle die Sachlage anders sein, z. B. wenn eine Maschine als altes Eisen nach Gewicht verkauft wird, oder ein zusammenhängendes Werk als Makulatur.

Der umgekehrte Fall liegt meist bei einer Quantität kurshabender Wertpapiere vor, doch kann hier der Fall wieder anders liegen, z. B. wenn eine bestimmte Anzahl von Aktien zum Kauf gesucht wird, um eine Mehrheit zu erlangen.

Anm. 133. 5. Zu bemerken ist auch hier, daß der nichtsäumige Teil auch in dem Falle, daß die Leistung teilweise bewirkt ist, sein viertes Recht geltend machen kann, das der Zurückbehaltung. Er kann also beim Vertrage stehen bleiben, Erfüllung verlangen und einen Druck dadurch ausüben, daß er die eigene Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zurückbehält (hierüber oben Anm. 36 u. 76).

Anm. 134. 6. Im übrigen greifen die allgemeinen Grundsätze Platz (vgl. das zu A und B Gesagte). Insbesondere aber ist hier zu erwähnen, daß in dem Falle der Anm. 130 die Regeln Platz greifen, die für den Fall gegeben sind, daß die Erfüllung des Vertrages für den Nichtsäumigen kein Interesse hat: Der Nichtsäumige braucht daher keine Nachfrist zu setzen und keine Erfüllungsablehnung anzudrohen (vgl. oben Anm. 102 u. 130).

Anm. 135. IV. **Der Hauptanwendungsfall liegt bei den sog. Sukzessivlieferungsgeschäften vor,** d. h. bei den Geschäften, bei denen in einem einheitlichen Vertrage ratenweise Lieferung vereinbart ist. Daß auch dementsprechende ratenweise Zahlung vereinbart sein müßte, wie Müller in Gruch. 50, 510 annimmt, ist nicht richtig. Tatsächlich wird die Annahme allerdings häufig zutreffen; nötig ist aber nur, daß die Zahlungsweise beim Abschluß feststeht (vgl. JW. 03, 421[8]). Hierher zählt auch der Fall, wenn Ware ohne Festsetzung der Raten sukzessiv auf Abruf zu liefern ist; also wenn ein Kaufmann seinen ganzen Jahresbedarf bei einem bestimmten Lieferanten in unbestimmten Teillieferungen nach Maßgabe des Bedarfs

Digitized by Google

decken muß. Gibt der Vertrag keinen Anhalt dafür, daß in regelmäßigen Zwischenräumen und Raten zu erfüllen ist (RG. 33, 56) noch auch, wer abzurufen hat (vgl. Exk. zu § 359 Anm. 4; Exk. vor § 373 Anm. 35 u. 71), so ist jede Partei befugt, die Lieferung nur zu einem Teil anzubieten oder zu verlangen, unbeschadet des Rechts des Gegners, die Erfüllung hinsichtlich eines größeren Teils zu verlangen oder anzubieten (s. JW. 04, 90[8]). Exk. zu § 374.

1. Als oberster Grundsatz ist festzuhalten, daß keine Abweichung von den Grundsätzen vorhanden ist, die für die sonstigen Fälle von Teilerfüllung und Teilverzug gelten. Danach gestaltet sich die Sache unter Beachtung der Eigentümlichkeiten des Sukzessivlieferungsvertrags, wie folgt:

2. **Die Verpflichtungen des Käufers und sein Erfüllungsverzug.** Daß der Verkäufer, wenn der Käufer mit einer Rate in Annahmeverzug gekommen ist, den Selbsthilfeverkauf des § 373 nicht auf die künftigen, noch nicht fälligen Raten ausdehnen darf, weil er ja nur Erfüllung begehrt, ist zu § 373 Anm. 36 dargelegt. Hier handelt es sich aber nicht um den Annahmeverzug (Gläubigerverzug), sondern um den Schuldnerverzug des Käufers. Der Käufer muß beim Fehlen anderer Vereinbarung jede einzelne Rate, Zug um Zug gegen Lieferung bezahlen; es gehört die besondere Zahlung jeder Rate zwar nicht zum Wesen des Sukzessivlieferungsvertrags, aber es ist das Regelmäßige. Der Käufer kann sich die Weiterlieferung daher nicht durch Hinterlegung sichern (Bolze 5 Nr. 675). Gerät der Käufer mit einer fälligen Kaufpreisrate in Verzug, so steht dem Verkäufer das Wahlrecht hinsichtlich aller künftigen Raten in dem Sinne zu, daß er sofort nach seiner Wahl hinsichtlich sämtlicher noch ausstehender Raten zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB. verlangen kann. Die Rechtsprechung hat sich zur Aufstellung dieses Satzes anfänglich nur hinsichtlich des Rücktritts verstanden, aber hier gleich von einem Erfordernis, daß die Erfüllung des Vertrages für den Nichtsäumigen kein Interesse mehr habe, abgesehen (ROHG. 2, 86; 9, 59; 13, 78 u. 104). Dieser Grundsatz ist sodann auch auf den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgedehnt worden (ROHG. 16, 193 u. 202). An dieser Rechtsprechung ist vom Reichsgericht immer festgehalten worden (RG. 39, 58; JW. 96, 153[38]; 03, 186[44]; Bolze 7 Nr. 578; zweifelnd RG. 17, 61) und zwar auch vom Standpunkte des BGB. aus (RG. 58, 419; 61, 130; zust. Laband DJZ. 05, 569; dagegen Jakobi in Gruch. 50, 230; Hachenburg LZ. 07, 9; dazu Müller in Gruch. 50, 518). Die Eigentümlichkeit des Sukzessivlieferungsgeschäfts beruht, selbst wenn man nicht nur den Großbetrieb ins Auge faßt, darauf, daß ein einheitlicher Vertrag vorliegt, der nur mit einer, allerdings in Abschnitte eingeteilten Leistung erfüllt werden kann. Daß die Leistung nur eine ist und sein soll, ergibt sich daraus, daß von ihrer pünktlichen und vollständigen Erfüllung innerhalb des vereinbarten Zeitraums die Ein- und Verkaufsgeschäfte beider Teile und deren mit Rücksicht auf den Vertrag getroffenen Geschäftsdispositionen abhängen. Daher gerät der Schuldner beim Verzug mit einer Rate in Verzug mit seiner ganzen Vertragsleistung und nicht nur mit der fälligen Rate. Daraus folgt, daß nicht die Grundsätze über teilweise Unmöglichkeit anzuwenden sind und daß nicht etwa nach §§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2, 280 Abs. 2 BGB. der Nachweis zu verlangen ist, daß die teilweise Erfüllung für den Nichtsäumigen kein Interesse habe. Damit erledigt sich auch die Anwendung des Abs. 2 des § 326 BGB., der gleichfalls auf den Nachweis der Interesselosigkeit hinausläuft (oben Anm. 101; a. M. Düringer-Hachenburg II 174 f. und Makower Vorbem. vor §§ 375, 376 XV 3, wonach es immer darauf ankommen soll, ob der Nichtsäumige an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat). Es kann also nach der hier vertretenen Ansicht der Verkäufer, wenn der Käufer gleich den ersten Posten nicht bezahlt, wegen des ganzen Vertrags die Ablehnung der Leistungsannahme nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. androhen. Eigentümlich ist ja eine solche Androhung; denn der Verkäufer will gerade Zahlung. Der Verkäufer muß also sagen: wenn Sie nicht zahlen (oder nicht spezifizieren; § 375), werde ich Erfüllung ablehnen, aber ich will doch den Kaufpreis haben; nämlich nicht als Erfüllung sondern als Schadensersatz, wenn nicht der Rücktritt gewählt wird. Doch muß die Androhung deutlich erkennen lassen, daß nicht nur die fälligen Raten, sondern überhaupt jede künftige Anm. 186.

Digitized by Google

Exk. zu § 374.

Leistung abgelehnt wird (RG. 61, 131). Alsdann kann der Nichtsäumige Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags oder Rücktritt vom ganzen Vertrag wählen (RG. 58, 419; 61, 130; Kiel OLGR. 2, 439). Hatte der Käufer eine oder mehrere Raten bereits bezahlt oder spezifiziert, und gerät er dann in Zahlungs- oder Spezifikationsverzug mit einer weiteren Rate, so kann der Verkäufer sein Wahlrecht nur wegen des vom Käufer noch nicht erfüllten Teils geltend machen; es sei denn, daß die teilweise Erfüllung des Vertrags für den Verkäufer kein Interesse mehr hat (oben Anm. 127 u. 130). Hatte der Verkäufer bereits vollständig erfüllt, d. h. alle Lieferungen bereits übergeben, so ist die Rücktrittserklärung gegenstandslos (vgl. ROHG. 2, 86). Hat der Verkäufer nur teilweise geleistet, so kann er wegen der Rate, die den Anlaß zum Rücktritt abgegeben hat, nicht Zahlung verlangen, sondern nur das Quantum zurückfordern. Wählt er Schadensersatz, so kann er allerdings den Kaufpreis für die Rate als Teil des Schadensersatzes verlangen. Endlich hat der Verkäufer noch ein viertes Recht, nämlich das der Zurückhaltung seiner eigenen noch ausstehenden Leistung (§ 320 BGB.; Bolze 6 Nr. 393; Dresden OLGR. 4, 222), wenn die Zurückbehaltung nicht etwa wegen Geringfügigkeit des noch ausstehenden Teils oder aus sonstigen Gründen gegen Treu und Glauben verstößt (oben Anm. 36ff.). In solcher Zurückbehaltung liegt kein Rücktritt (Bolze 7 Nr. 570).

Anm. 137.

Weiter aber ist von der Rechtsprechung angenommen worden, daß der Verkäufer hinsichtlich der verschiedenen sukzessiv zu liefernden Posten verschiedene Rechte geltend machen kann: Er kann z. B. teilweise zurücktreten, teilweise Schadensersatz wegen Nichterfüllung und teilweise Erfüllung verlangen (ROHG. 9, 122; 13, 331; Bolze 9 Nr. 397; 20 Nr. 510); vorausgesetzt, daß er das Wahlrecht wegen Nichtzahlung (oder Nichtspezifizierung nach § 375) bezüglich jeder einzelnen Lieferung nach § 326 BGB. geltend macht, indem er deren Fälligkeit abwartet (vgl. JW. 03, 186[44]). Es würde aber eine unzulässige Zerreißung des einheitlichen Vertrags bedeuten, wenn der Verkäufer von vornherein nach Ablauf der Nachfrist oder gleichzeitig mit Setzung derselben für die verfallenen und einen Teil der künftigen Raten Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezüglich anderer Raten den Rücktritt erklären und dann wieder für den Rest Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen wollte (vgl. RG. 37, 59; a. M. 6./7. Aufl.). Jedenfalls muß bereits nach der bei Setzung der Nachfrist ausgesprochenen Androhung feststehen, ob alle künftigen Zahlungen (oder Spezifikationen) nicht mehr angenommen werden. Die Androhung muß dies erkennen lassen. Denn der Käufer muß wissen, woran er ist. Im Zweifel bezieht sich die Androhung nur auf die fälligen, nicht auf alle künftigen Leistungen (vgl. RG. 61, 131). Es kann der Verkäufer also, wenn für alle Raten die Endfrist abgelaufen, der Käufer aber noch mit mehreren Raten im Rückstande ist, sukzessive Nachfrist mit Androhung für jede einzelne Rate stellen; er kann aber auch die Nachfrist für alle Raten zusammenstellen und die Nichtannahme sämtlicher Raten androhen.

Anm. 138.

Eine Änderung tritt insoweit ein, als der Verkäufer bereits geliefert und den Kaufpreis gestundet hat. Dann fällt das Rücktrittsrecht (nicht auch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung) weg, natürlich nur insoweit, als die Stundung reicht (oben Anm. 118—120). Hat also der Verkäufer sukzessive gegen Wechsel zu liefern, und hat er die erste Warenrate geliefert, der Käufer aber gerade den ersten Wechsel nicht eingelöst, so kann der Verkäufer kein Rücktrittsrecht ausüben, auch nicht wegen der noch ausstehenden Lieferungen. Wohl aber hat er einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Wann der Fall der Stundung vorliegt, ist in Anm. 118ff. erörtert, insbesondere daß darin allein keine Stundung liegt, daß die Zahlung zwar hinausgeschoben ist, aber so, daß sie Zug um Zug gegen die Lieferung der Ware zu leisten ist. Die gegenteilige Annahme würde ja dazu führen, daß bei Sukzessivlieferungsgeschäften, wenn über die Zahlung nichts besonderes vereinbart ist, das Rücktrittsrecht überhaupt nicht ausgeübt werden könnte. Denn hier soll ja die Zahlung erst bei Lieferung jeder Warenrate erfolgen, bis dahin ist die Zahlung der Kaufpreisrate hinausgeschoben.

Digitized by Google

Wählt der Verkäufer nach vorstehenden Grundsätzen Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so muß bei dessen Geltendmachung beachtet werden, daß der Preis für die späteren Raten erst später zu bezahlen ist. Wenn er also jetzt schon die Ware anderweit verkauft, so muß er dies berücksichtigen (vgl. ROHG. 13, 105; 16, 202; JW. 01, 846[29]). Es darf nicht dadurch Schaden entstehen, daß der Verkäufer durch Verkauf gegen Kasse einen geringeren Preis erzielt. Es kommt eben darauf an, daß der Verkäufer die im Verkehr aufzuwendende Sorgfalt nicht aus den Augen läßt und auch das Interesse des Käufers nicht unnötig schädigt und nicht gegen Treu und Glauben verstößt (§§ 242, 254 BGB.; § 347 HGB.; RG. 61, 281; Näheres oben Anm. 28ff.). Darüber, welcher Schaden zu ersetzen ist, entscheidet das freie richterliche Ermessen nach § 287 CPO. Die wirkliche Schadensforderung kann sofort geltend gemacht werden, obgleich der Kaufpreis erst später fällig ist. Exk. zu § 374. Anm. 139.

3. **Die Verpflichtungen des Verkäufers und der Verzug in der Erfüllung.** Auch der Verkäufer hat mangels anderer Vereinbarungen die Verpflichtung, jeden einzelnen Posten des Sukzessivlieferungsgeschäfts Zug um Zug gegen Zahlung des entsprechenden Teiles des Kaufpreises zu liefern. Auch er darf die Ware nicht hinterlegen, um sich die Zahlung der weiteren, noch nicht fälligen Kaufpreisraten zu sichern. Wenn er mit Lieferung eines Postens in Verzug gerät, so ist der Käufer berechtigt, wegen aller ausstehenden Lieferungsraten sein Wahlrecht auszuüben (ROHG. 2, 84; 9, 59 u. 119; 13, 78 u. 104; 16, 193; Bolze 5 Nr. 658; 9 Nr. 407; 20 Nr. 511; 22 Nr. 430; RG. 39, 58; JW. 03, 186[44]). Er kann also, wenn der Verkäufer gleich den ersten Posten nicht liefert, wegen des ganzen Vertrages die Ablehnung der Leistungsannahme androhen und alsdann (geeignetenfalls auch ohne diese) Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder den Rücktritt vom ganzen Vertrage wählen. Wenn der Verkäufer einen oder mehrere Posten schon geliefert hat, so kann der Käufer regelmäßig nur wegen der noch nicht gelieferten Posten seine Rechte ausüben, und nur dann kann er dies auch hinsichtlich des schon gelieferten Teiles tun, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat (RG. 61, 130; Beispiele oben Anm. 130), was aber bei Sukzessivlieferungsgeschäften selten der Fall sein wird; denn die sukzessive Lieferung wird meist nur bei teilbaren Leistungen vereinbart. Anm. 140.

Soweit der Käufer selbst schon erfüllt hat, kann er, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, seine eigenen Zahlungen nicht zurückfordern, sondern nur deren Betrag in seine Schadensberechnung mit aufnehmen; — es wäre denn, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. In letzterem Falle kann es auch zur Zurückforderung der eigenen Zahlungen kommen (oben Anm. 127 u. 130). Andernfalls kann Schadensersatz oder Rücktritt nur hinsichtlich des noch nicht erfüllten Restes des Vertrags gewählt werden. Findet Rücktritt vom ganzen Vertrag, also auch hinsichtlich des erfüllten Teils, statt, so kann er selbstverständlich auch seine Zahlungen zurückfordern (§ 326 Abs. 1 Satz 3 BGB.). Anm. 141.

Es ist endlich darauf aufmerksam zu machen, daß der Käufer auch bei Sukzessivlieferungsgeschäften, wenn der Verkäufer mit einer Lieferungsrate im Verzuge ist, die Bezahlung früherer Lieferungsraten so lange *zurückbehalten* kann (ohne vom Vertrage zurückzutreten), bis der Verkäufer seinen rückständigen Lieferungspflichten nachkommt (ROHG. 23, 77). Selbst wenn Vorausbezahlung bedungen ist, kann der Käufer ohne Verletzung des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB. weitere Vorauszahlung verweigern, solange sich der Verkäufer mit bereits vorausbezahlten Lieferungen im Verzug befindet. Das Gegenteil würde gegen Treu und Glauben verstoßen. Aus dem letzteren Grunde kann dem säumigen Verkäufer gegenüber, der teilweise geliefert hat, regelmäßig nicht mit der ganzen Zahlung, sondern nur mit soviel zurückgehalten werden, als erforderlich ist, um den Käufer vor jedem Schaden zu bewahren (vgl. ROHG. 9, 124 und oben Anm. 76 u. 36ff.). Anm. 142.

Weiter aber ist von der Rechtsprechung angenommen worden, daß der Käufer *mit jeder Rate ein verschiedenes Recht* ausüben kann (ROHG. 9, 122; 24, 327; Bolze 9 Nr. 397). Der Käufer kann wegen der nicht gelieferten Posten Nichterfüllungsschaden, wegen des Gelieferten Verspätungsschaden verlangen, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen (ROHG. 9, 123). Anm. 143.

Digitized by Google

Exk. zu § 374.

Er kann also jede einzelne Teillieferung abwarten und für jede einzelne von § 326 Abs. 1 BGB. Gebrauch machen, wenn der Verkäufer in Verzug kommt. Er kann auch die Endzeit sämtlicher Einzellieferungen abwarten und dann erst hinsichtlich jeder einzelnen eines der drei Rechte ausüben. Er kann aber auch, wenn der Verkäufer in Verzug mit einer Rate kommt, unter Nachfristsetzung die Androhung erlassen, daß er keine der künftigen Einzellieferungen mehr annehmen werde (vgl. oben Anm. 137). Alsdann kann er sich hinsichtlich aller künftigen Raten entweder für den Rücktritt oder für Schadensersatz wegen Nichterfüllung entschließen. Der Käufer kann aber nicht für eine der künftigen Raten Schadensersatz wegen Nichterfüllung, für eine andere den Rücktritt wählen. Hat sich der Käufer einmal entschlossen, aus dem Verzug mit einer Rate Folgerungen für die künftigen, noch nicht fälligen Raten zu ziehen, so kann dies nur einheitlich geschehen. Das erfordert der Grundsatz, welcher dem Recht, alle künftigen Leistungen abzulehnen, zur Geltung verholfen hat (vgl. RG. 17, 59). Die Androhung, daß alle künftigen Lieferungen nicht mehr angenommen werden, muß dies deutlich zum Ausdruck bringen, sonst bezieht sich die Androhung nur auf die fälligen Lieferungen (vgl. RG. 61, 131).

Anm. 144.

Wird nach vorstehenden Grundsätzen Nichterfüllungsschaden gewählt, so ist zu unterscheiden: ist der Schadensersatz für die einzelne Rate beansprucht, indem für jede einzelne Rate von § 326 BGB. Gebrauch gemacht ist (oben Anm. 143), so ist der Schaden abstrakt oder konkret so zu berechnen, wie wenn ebensoviele selbständige Lieferungsverträge vorhanden wären (JW. 03, 186[44]; oben Anm. 59ff.). Sind die späteren Raten noch nicht fällig, und hat der Käufer wegen Verzugs mit einer Rate Schadensersatz hinsichtlich aller noch nicht gelieferten Raten des ganzen Vertrags gewählt, so kann er sich durch Abschließung eines Vertrags mit denselben Fälligkeitsterminen decken (ROHG. 16, 202). In derselben Weise ist auch die abstrakte Schadensrechnung aufzumachen (zweifelnd JW. 03, 186[44]). Es ist alsdann also der Zeitpunkt der Berechnung zugrunde zu legen, in dem die einzelnen Warenposten zu liefern waren, nicht der Zeitpunkt des aus Anlaß eines Ratenverzuges allgemein erklärten Wahlrechts oder der allgemein erklärten Ablehnung oder des Ablaufs der gestellten Frist. Gesetzt z. B., der Verkäufer habe im April, Mai, Juni je einen Posten zu liefern. Dann kann der Käufer seinen Schadensersatz in der Weise geltend machen, daß er, wenn die Aprillieferung ausbleibt, die Preise zugrunde legt, die bei einem in diesem Zeitpunkte zu machenden Abschluß per Mai und Juni zu zahlen sind (vgl. die ähnliche Schadensberechnung in § 18 Abs. 2 KO.). Oder er kann auch den Mai und Juni abwarten und dann die angemessenen Preise zugrunde legen. Er kann aber auch in der Weise rechnen, daß er den durchschnittlichen Marktpreis während der ganzen noch übrigen Lieferzeit zugrunde legt und den Unterschied zwischen diesem Preis und dem Vertragspreis als seinen Schaden anspricht. Mitunter ist dies sogar die einzige mögliche Berechnungsweise; z. B. wenn der Käufer seinen ganzen Jahresbedarf auf Abruf vom Verkäufer beziehen muß. Alsdann darf davon ausgegangen werden, daß der Abruf in gleichmäßigen Raten und Zeitabschnitten erfolgt wäre. Überhaupt gilt auch hier (vgl. oben Anm. 62) der Grundsatz, daß der Käufer mit der gehörigen Sorgfalt ohne Verletzung von Treu und Glauben verfahren muß, und auch das Interesse des säumigen Gegners nicht außer acht lassen darf (§§ 242, 254 BGB.; § 347 HGB.; vgl. RG. 61, 281). Die Schadensschätzung, bei der selbst ein Schätzungseid nicht ausgeschlossen ist, erfolgt nach freiem richterlichen Ermessen (§ 287 ZPO.).

Anm. 145

4. **Verschieden von dem Fall des sukzessiven Lieferungsgeschäfts liegt der Fall, in dem zwischen zwei Personen mehrere selbständige Geschäfte geschlossen werden,** mag dies auch zu derselben Zeit oder in demselben Schlußschein geschehen sein (ROHG. 15, 424; RG. 42, 31). Der Verzug in der Erfüllung eines Geschäfts gibt dem andern Teil kein Recht, irgendeine Wahl, insbesondere ein Rücktrittsrecht hinsichtlich des andern auszuüben (JW. 03, 421[9]); es sei denn, daß die besonderen Voraussetzungen vorliegen, unter welchen wegen Kreditunwürdigkeit von einem Geschäfte oder von der Krediteinräumung zurückgetreten werden kann (Exk. vor § 373 Anm. 38ff.). Verfährt der Käufer in Verkennung dieser Sachlage und er-

Digitized by Google

klärt er unberechtigterweise, daß er fernere Lieferungen nicht mehr annehme, sondern zurücktrete oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruche, so enthält diese unberechtigte Erklärung eine ernstliche Erfüllungsweigerung. Der Verkäufer braucht seinerseits keine Androhung mit Fristsetzung zu erlassen und kann ohne weiteres seinerseits, seine Erfüllungsbereitschaft vorausgesetzt, sein Wahlrecht nach § 326 Abs. 1 BGB. ausüben (hierüber oben Anm. 84 ff.; insbes. Anm. 86). Erk. zu § 374.

Indessen hat die Rechtsprechung die Grundsätze vom sukzessiven Lieferungsgeschäft entsprechend auf die Fälle angewendet, in denen verschiedene Geschäfte derart zusammengehören, daß nach der Parteiabsicht die Bezahlung des Kaufpreises aus dem einen Geschäft Vorbedingung für die Lieferung der auf Grund des anderen Geschäfts geschuldeten Ware sein sollte (JW. 03, 421[8]). Das kann der Fall sein bei gleichzeitig geschlossenen Geschäften, aber auch bei Geschäften, die hintereinander selbständig geschlossen werden, doch so, daß die mehreren Sukzessivabschlüsse von vornherein in Aussicht genommen und besprochen waren und für alle insgesamt im voraus die Zahlungsbedingungen vereinbart wurden (Bolze 9 Nr. 407). Man hat hier z. B. an Nachorders zu denken, die auf eine einheitliche, in Raten zu erfüllende Stammorder erteilt werden. Aber nicht hierher gehört der Abschluß mehrerer selbständiger Geschäfte (von denen jedes einzelne für sich wieder ein Sukzessivlieferungsgeschäft sein kann), die nur das Gemeinsame haben, daß dauernd gleichmäßige Beschaffenheit der Ware bedungen ist. Beim Bierlieferungsvertrag, einem echten Sukzessivlieferungsgeschäft, ist zwar gleichmäßig gutes Bier auch Bedingung. Allein nicht deshalb fällt dieser Vertrag unter den Begriff des Sukzessivlieferungsgeschäfts, sondern deshalb, weil ein einheitlicher Abschluß vorliegt (vgl. RG. im Recht 06, 1193[2819]). Anm. 146.

D. Verwirkung der Rechte aus dem Verzuge infolge illoyal verspäteter Geltendmachung.

An sich ist weder die Ausübung des Wahlrechts nach § 326 BGB. an eine Zeitgrenze gebunden (RG. 32, 64; 36, 86), noch auch das Recht auf Erfüllung und Ersatz des Zögerungsschadens (bis auf die Verjährung). Der Nichtsäumige kann vielmehr während der ganzen Dauer des Verzuges die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen oder durch die Androhung, daß er die Erfüllungsannahme ablehne, sich die Rechte auf die beiden anderen Befugnisse (Nichterfüllungsschaden oder Rücktritt) sichern. Aber eine Grenze ist hier doch gezogen: sie liegt da, wo die Hinausschiebung ein arglistiges oder wenigstens illoyales Verhalten enthalten würde (RG. 32, 63; 36, 87; 41, 64). Aus diesem Gesichtspunkte ist angenommen worden: nach den Grundsätzen von Treu und Glauben kann, wenn der eine Teil die Erfüllung verweigert, zwar nicht in dem Schweigen des anderen Teils allein, aber in der langen Dauer des Schweigens das Einverständnis des Nichtsäumigen mit jener Weigerung und demgemäß ein Fallenlassen des abgelehnten Erfüllungsanspruchs gefunden werden (ROHG. 9, 411; 14, 395; RG. 32, 64; Bolze 8 Nr. 350; 12 Nr. 247). Dies wird insbesondere gelten, wenn die Verhältnisse inzwischen ganz andere geworden sind, z. B. wenn der Käufer nach mehreren Jahren auf eine Kohlenlieferung zurückkommt, die der Verkäufer zu einer bestimmten Zeit verweigert hatte (vgl. ROHG. 23, 83), oder wenn das Objekt sich inzwischen gänzlich verändert hat (auf die zu liefernden Aktien sind inzwischen Einzahlungen, Rückzahlungen, Dividendenzahlungen, Herabsetzungen erfolgt, ROHG. 20, 335). Es ist eben alles in Anschlag zu bringen, was zu gutgläubigem Verhalten gehört (Bolze 4 Nr. 723; 9 Nr. 395; 14 Nr. 441; RG. 60, 348); z. B. die Art, wie die Geschäfte seither unter den Parteien abgewickelt wurden, namentlich bei Abruf nach Bedarf; ferner die Art der Ware (Saisonartikel, riskante Ware, die freundschaftlichen Beziehungen, die Handelseigentümlichkeiten bezüglich gewisser Waren) usw. Anm. 147.

Alle diese Gesichtspunkte erfordern verständige Beurteilung. Das schweigende Zuwarten allein bedeutet noch keinen Verzicht. Es kommt darauf an, ob nach dem beiderseitigen Willen ein Hinausschieben auf unbestimmte Zeit nicht gewollt sein konnte. Mitunter hat ein zu entschuldigender Rechtsirrtum das zuwartende Verhalten bestimmt. Im Falle des § 321 BGB. kann der zur Leistungsverweigerung Berechtigte sogar zum Zuwarten gezwungen sein. Dann ist das Anm. 148.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. Verhalten des anderen Teils zu würdigen. Darin allein insbesondere liegt keine Arglist, sondern die zulässige Wahrung kaufmännischer Interessen, daß der Käufer, um billige Ware zu bekommen, mit seinem Anspruch auf Lieferung hervortritt, wenn die Ware im Preise steigt (ROHG. 21, 158; RG. 36, 88; JW. 93, 39[12]). Der Verkäufer konnte dem Schwebezustand durch Anbieten der Ware ja ein Ende machen. Anderseits kann dem Käufer unter Umständen zugemutet werden, daß er abruft oder spezifiziert. Die Einrede illoyalen Verhaltens ist unverjährbar.

E. Der Verzug nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung.

Anm. 149. Ist der säumige Kontrahent rechtskräftig verurteilt, so wurde nach früherem Recht angenommen, daß der Nichtsäumige an die solchergestalt getroffene Wahl gebunden ist und nicht mehr statt der Erfüllung Schadensersatz oder Rücktritt vom Vertrage wählen kann (RG. 15, 69; 54, 355; ROHG. 10, 244; 24, 327). Nur selbständige Ansprüche bei fruchtloser Vollstreckung des Urteils gab man dem Gläubiger (RG. 36, 374). Nach neuem Recht gilt das nicht mehr. Vielmehr greifen die §§ 325 Abs. 2, 283 BGB. Platz, selbst wenn das Urteil auf Rücktritt oder Wandelung lautet, also Sachen zurückzugeben sind. Danach hat der Gläubiger nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners das Recht, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung zu bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Er braucht also nicht im Vollstreckungsverfahren erst die Leistungsunmöglichkeit festzustellen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann der Gläubiger, wenn nicht etwa die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt wählen oder sich auf den Standpunkt des § 323 BGB. stellen, d. h. auf den Standpunkt, daß der Schuldner, der nicht leistet, den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Nach Ablauf der Frist des § 283 Abs. 1 BGB. kann der Schuldner nicht mehr erfüllen und der Gläubiger Erfüllung nicht mehr begehren. Dies bestimmt § 283 Abs. 1 Satz 2 (vgl. RG. 36, 375; JW. 96, 33[16]). Damit wird bei einem Wandelungs- oder Rücktrittsurteil Wandelung oder Rücktritt wieder aufgehoben. Das beiderseitige Verhältnis, nicht nur die ausgebliebene Leistung, wandelt sich in Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Maßgabe der oben Anm. 24ff. dargestellten Grundsätze um. Der Gläubiger kann alsdann ohne weiteren Nachweis gemäß §§ 252ff. BGB. den Geldbetrag fordern, der dem Wert der ausgebliebenen Leistung entspricht, d. h. er muß den Schadensersatz wegen Nichterfüllung liquidieren. Dem Schuldner steht der Nachweis offen, daß gar kein Schaden (oder ein geringerer) vorhanden ist (RG. 54, 33) oder daß ihm die rechtzeitige Leistung durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich gemacht worden war (§§ 283 Abs. 1 Satz 3, 275 BGB.; oben Anm. 46ff.; RG. 54, 28; Dresden OLGR. 8, 434). Da diese Unmöglichkeit vom verurteilten Schuldner nur nach § 767 ZPO. durch Klage geltend gemacht werden kann, so muß die Unmöglichkeit nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten sein (§ 767 Abs. 2 ZPO.). Steht diese Unmöglichkeit fest, so braucht der Gläubiger nicht erst eine zwecklose Frist nach § 283 BGB. zu bestimmen, sondern er kann sofort auf Schadensersatz klagen (OLG. Colmar Recht 05, 645[2654]). Dasselbe muß gelten, wenn der Schuldner die Erfüllung bestimmt verweigert oder der Gläubiger an der Erfüllung kein Interesse mehr hat (§ 326 Abs. 2 BGB.). Für die Schadensersatzklage ist das Prozeßgericht erster Instanz ausschließlich zuständig (Reimels-Anger § 893 Anm. 2).

Der Gläubiger ist aber auf diesen Weg nicht beschränkt. Er kann vielmehr gleich in dem auf Leistung lautenden Urteil dem Schuldner eine Frist setzen lassen (§ 255 ZPO.; hierüber Eccius in Gruch. 47, 151). Für die Schadensberechnung ist regelmäßig der Zeitpunkt des Fristablaufs maßgebend (Prot. I 322; vgl. RG. 36, 376ff.).

Anm. 150. Bei teilweiser Nichtbewirkung der Leistung treten die oben Anm. 2ff. erörterten Rechte für den Gläubiger ein. Außerdem aber das oben erwähnte Recht aus § 323 BGB., mit der Änderung, daß der Schuldner, der seine Leistung teilweise nicht bewirkt, seines Anspruchs auf die Gegenleistung zwar nicht ganz verlustig geht, aber verhältnismäßig, wie bei dem Minderungseinwande (§§ 325 Abs. 1 Satz 3 u. Abs. 2, 323 Abs. 1, 472, 473 BGB.; Näheres zu

Digitized by Google

§ 377). Ist während des Laufs der Frist teilweise geleistet und ist die Teilleistung angenommen (§ 266 BGB.), hatte die teilweise Erfüllung für den Gläubiger aber kein Interesse, so kann er gemäß §§ 283 Abs. 2, 280 Abs. 2 BGB. den übrigen Teil der Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Es kann dieses Recht auch zur Rückgewähr des bereits geleisteten Teils führen (vgl. oben Anm. 130 u. RG. 10, 176); nämlich dann, wenn das Geleistete für den Gläubiger kein Interesse hatte. Exk. zu § 374.

Eine Ausnahme macht auch hier der Fall, daß der Verkäufer die Sache bereits übergeben und den Kaufpreis gestundet hat. In diesem Falle findet das Rücktrittsrecht jedenfalls nicht statt (§ 454 BGB.; vgl. oben Anm. 118). Anm. 151.

Ist der Schuldner zu *mehreren Leistungen nach seiner Wahl* verurteilt, so kann der Gläubiger, ohne den Schuldner zur Wahl aufzufordern, die Vollstreckung nach seiner eigenen Wahl auf die eine oder die andere Leistung richten, solange sich der Schuldner nicht entschieden hat (§ 264 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Vom Beginn dieser Vollstreckung an kann der Schuldner sein Wahlrecht nur noch so ausüben, daß er die von ihm gewählte Leistung dem Gläubiger tatsächlich anbietet. Wörtliche Erklärung der Wahl genügt nicht (RG. 12, 187; 27, 384; JW. 03 Beil. 15[31]). Seinen Einwand, daß er rechtzeitig gewählt und gemäß der Wahl geleistet habe, muß der Schuldner durch Klage nach § 767 CPO. geltend machen und beweisen (vgl. RG. 27, 385). Streitig ist, ob der Gläubiger nach Beginn der Zwangsvollstreckung, z. B. wenn der Gegenstand der Vollstreckung untergeht, die Vollstreckung auf einen anderen Wahlgegenstand richten kann (verneinend Planck § 264 Anm. 2; dort Lit.). Es verdient die Ansicht den Vorzug, daß der Gläubiger so lange wechseln kann wie der säumige Schuldner, d. h. bis zur Leistung. Selbstverständlich muß ein solcher Wechsel im Interesse gehöriger Vertragserfüllung gelegen sein; damit ist Schikane ausgeschlossen. Stand nach dem Urteil dem Gläubiger die Wahl zu, so ist sie mit Beginn der Zwangsvollstreckung unwiderruflich. Das folgt aus § 263 BGB. Über die Möglichkeiten, welche entstehen, wenn nach dem Urteil alternativ eine Leistung zu machen oder eine Willenserklärung oder mehrere Willenserklärungen abzugeben sind und dem Gläubiger oder dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, siehe Gaupp-Stein § 894 V. Anm. 152.

F. Der Verzug im Falle des Todes des Verpflichteten.

Stirbt der Käufer oder der Verkäufer, ehe er in Verzug geraten ist, so kommt der Erbe während der Ausschlagungsfrist überhaupt nicht in Verzug und nach der Ausschlagungsfrist kann er nach §§ 2014, 2015 BGB. die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zum Ablauf der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft (jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus) und, wenn er den Antrag auf Erlaß des Aufgebots der Nachlaßgläubiger innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft stellt und der Antrag zugelassen wird, bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens verweigern. Solange diese Fristen dauern, kommt der Erbe nicht in Verzug (KG. in OLGR. 2, 388; 3, 131 u. 434; Planck Vorbem. V 2 vor § 2014; Strohal Erbr. § 74 Nr. 111; Cosack BGB. II § 380 III 2). Nach anderer Ansicht (Eccius in Gruch. 44, 899; Herzfelder in v. Staudinger §§ 2014, 2015 Nr. 1 u. DJZ. 05, 61) soll der Verzug eintreten und nur ein prozessuales Recht auf Hinausschiebung der Vollstreckung gegeben sein (ähnlich Müller in DJZ. 05, 685). Anm. 153.

Eine Abkürzung dieser Fristen ist dem Gläubiger ermöglicht, wenn er gemäß § 1961 BGB. für die Zeit bis zur Annahme der Erbschaft einen Nachlaßpfleger bestellen läßt. Dieser vertritt den Erben als gesetzlicher Vertreter (§§ 1915, 1793 BGB.; Planck § 2017 Anm. 1; JW. 05, 233[12]). Aber auch diesem stehen die ebengedachten aufschiebenden Einreden aus §§ 2014 und 2015 BGB. zu, nur daß die Fristen von seiner Bestellung an beginnen (§ 2017 BGB.). Anm. 154.

Auf diese Weise tritt durch den Tod des Käufers oder Verkäufers ein schlimmer Schwebezustand ein, der bei Waren, die Preisschwankungen unterliegen, besonders empfindlich ist. Der Verkäufer ist insofern noch besser gestellt als der Käufer, als er, wenn gleichzeitig Annahmeverzug des Käufers vorliegt, die Ware nach § 373 verkaufen kann. Denn nur in Schuldnerverzug kann der Erbe zunächst nicht kommen, wohl aber in Gläubigerverzug (auch in diesen Anm. 155.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. nicht, wenn ihm die Rücknahme der Leistung gegen Bewirkung der eigenen Leistung angesonnen wird, wie z. B. im Falle der Leistung Zug um Zug, § 298 BGB.). Die erforderlichen Benachrichtigungen ergehen in diesem Falle an den Nachlaßpfleger, wenn ein solcher bestellt ist, jedoch hat der Verkäufer nicht die Verpflichtung, einen solchen zu bestellen, nur damit die erforderlichen Benachrichtigungen an ihn ergehen können. Ist kein Pfleger bestellt und hat der Erbe noch nicht angenommen, so ist die Androhung und Benachrichtigung eben untunlich.

Anm. 156. Der Käufer dagegen kann, wenn der Verkäufer gestorben ist, allenfalls den Kaufpreis hinterlegen. Aber zum Deckungskauf ist er zunächst nicht berechtigt, weil ein Schuldnerverzug nicht eintritt.

Anm. 157. Auch wenn der Erblasser im Verzuge war, tritt ein Schwebezustand ein, denn die Fristbestimmung des § 326 BGB. kann so lange nicht erfolgen, als die Leistung verweigert werden kann, und ebenso treten die Rechte des § 326 Abs. 2 nicht ein, solange die Leistung verweigert werden darf. Anerkennen die Erben die Schuld in Betätigung der Verwaltung des noch ungeteilten Nachlasses, so entsteht eine Nachlaßverbindlichkeit im Sinne des § 1967 BGB., die im Falle des Nachlaßkonkurses als Konkursforderung, nicht als Masseschuld, geltend zu machen ist (JW. 06, 22[23]).

Anm. 158. Stehen dem Erben oder dem Nachlaßpfleger die aufschiebenden Einreden nicht mehr zu, so kann der nichtsäumige Teil nunmehr Erfüllung fordern. Wird ihm nicht volle Erfüllung angeboten, sondern mit Rücksicht auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses Erfüllung nach Kräften des Nachlasses, so kann er seinerseits die Rechte aus § 326 BGB. ausüben. Außerdem kann er wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses auch aus einem anderen Gesichtspunkte zurücktreten (wegen eingetretener Kreditunwürdigkeit, Exk. vor § 373 Anm. 38ff.).

Anm. 159. Ist der Erbe zur Zahlung des Kaufpreises ohne den Vorbehalt verurteilt, daß er für die Nachlaßverbindlichkeit nur beschränkt hafte, so kann sich der Erbe nicht einmal mehr darauf berufen, daß eine Nachlaßpflegschaft angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet worden ist (§ 1975 BGB.; JW. 05, 83[26]). Diese Vorschrift des § 780 CPO. gilt auch für den Erbschaftskäufer nach § 2383 Abs. 1 Satz 1 BGB., wenn er nicht schon ohnehin unbeschränkt deshalb haftet, weil sein Verkäufer unbeschränkt haftete (§ 2383 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

G. Verzug in der Erfüllung anderer Verpflichtungen, außer der Übergabe der Ware und der Zahlung des Kaufpreises.

Anm. 160. Unter der Herrschaft des früheren Rechts wurde angenommen, daß, soweit der Käufer und der Verkäufer andere Verpflichtungen neben der Übergabe der Ware oder der Zahlung des Kaufpreises übernehmen, hierauf nicht die Vorschriften der Art. 354—356 Anwendung finden, sondern die allgemeinen Grundsätze über die Folgen der schuldhaften Verletzung von Vertragspflichten (also insbesondere Schadensersatz). S. 5. Aufl. Art. 355 § 34; RG. 1, 56; 22, 112; Bolze 12 Nr. 461. Dasselbe gilt auch nach neuem Recht (RG. 53, 161; 56, 175; 57, 109 u. 402).

Anm. 161. Der Käufer kommt z. B. mit der Abnahme in Verzug oder der Verkäufer hat sich verpflichtet, die Ware an andere Kaufleute eines bestimmten Bezirks nicht zu liefern; oder eine Probe mit einer zu liefernden Maschine vorzunehmen; oder im Interesse des Kunden in einem Blatte zu annoncieren. Oder der Käufer hat sich verpflichtet, von keinem anderen Lieferanten Ware zu beziehen oder dem Verkäufer vierteljährlich eine Bilanz seines Vermögens zu überreichen usw., oder Fracht und Zoll vorzulegen.

Anm. 162. Kommt, das ist die Frage, in solchen Fällen ebenfalls § 326 BGB. zur Anwendung? Cosack (BGB. I § 130 VI) und Düringer-Hachenburg (III 50ff. u. 108ff.; dort auch die zust. Lit., dazu noch Jacobi AZivPr. 43, 261, Hohenstein ABürgR. 25, 76 u. Gruch. 48, 711) bejahen diese Frage, da sie auf den Verzug in der Abnahme die Vorschrift des § 326 anwenden, und die gleiche Auffassung hatte der Verfasser des neuen HGB., als er im § 375 dem Verkäufer, wenn der Käufer mit der Spezifikation im Verzuge ist, die Rechte des § 326 BGB. wahlweise gab (D. 218). Eine Sonderstellung nimmt Planck (§ 326 Erl. 2b) ein.

Digitized by Google

Diese Auffassung ist jedoch nicht beizutreten. Die Bestimmungen des § 326 BGB. passen Exk. zu
nur auf den Fall, daß der Schuldner mit der Leistung im Verzuge ist, welche die eigentliche § 374.
Gegenleistung für die Leistung des Nichtsäumigen ist. Nur diese eigentliche Gegenleistung steht Anm. 163.
mit der Leistung des Nichtsäumigen in jenem synallagmatischen Verhältnisse, welches es rechtfertigt, daß der Verzug in der Erfüllung dem Nichtsäumigen das Recht gibt, vom ganzen Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu wählen und die eigene Leistung dabei zu verweigern. Nur auf jene Hauptleistung paßt die Fassung des § 326, nach der der Nichtsäumige jene weitgehenden Rechte hat, wenn der eine Teil „mit der ihm obliegenden Leistung" im Verzuge ist. Es ist die dem Säumigen obliegende Leistung, die Leistung κατ' ἐξοχήν, deren Nichterfüllung dem Nichtsäumigen jene weitgehenden, den ganzen Vertrag erfassenden Rechte gibt. Nur auf die Hauptleistung paßt es, wenn der § 323 BGB. in dem Falle, daß der Schuldner die ihm obliegende Leistung ohne sein und des andern Teils Verschulden nicht zu leisten vermag, bestimmt, daß der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Ebenso ist im § 325 Abs. 2 BGB. bestimmt, daß, wenn der Schuldner nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung trotz nunmehriger Fristbestimmung schuldhaft nicht erfüllt, er den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Die Nichterfüllung einer Nebenleistung kann nicht diese Folgen nach sich ziehen. Soll etwa der Käufer lediglich deshalb, weil er nicht rechtzeitig für genügende Lagerräume gesorgt hat und deshalb in Abnahmeverzug gerät, nach § 326 BGB. den Rücktritt vom Vertrage und nach § 325 Abs. 2 BGB. sogar den Verlust auf die Gegenleistung über sich ergehen lassen müssen, wenn er den Kaufpreis zu zahlen bereit ist oder gar schon bezahlt hat? Soll, wenn der Verkäufer die Maschine geliefert und nur verabsäumt hat, die versprochene erste Probe damit zu machen, der Käufer alle die weitgehenden Rechte des § 326 und § 325 Abs. 2 BGB. haben, die den ganzen Vertrag ergreifen und den Verkäufer sogar unter Umständen seines Anspruchs auf den Kaufpreis verlustig gehen lassen? Hierzu kommt noch, daß der § 326 BGB. (Kommissionsprot. bei Mugdan II 640) in den Art. 354—356 des alten HGB. sein Vorbild hat und im Anschluß an sie in das neue Gesetzbuch eingeführt ist. Jene Vorschriften des alten HGB. aber hatten, wie stets angenommen wurde, und wie dies allein den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs und der Gerechtigkeit entspricht, zur Voraussetzung, daß die beiden Vertragsteile mit ihrer eigentlichen wirtschaftlichen und begrifflichen Gegenleistung, der Verkäufer mit der Übergabe der Ware, der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge sind. Man kann auch nicht etwa sagen, daß, wenn eine solche Nebenleistung nicht erfüllt wird, der im § 326 erörterte Fall der teilweisen Nichterfüllung verliegt, und daß daher die Folgen teilweiser Nichterfüllung in solchem Falle Platz greifen. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die teilweise Erfüllung etwas ganz anderes bedeutet. Sie bedeutet nicht, daß von zwei verschiedenartigen Verpflichtungen die eine erfüllt wird, sondern sie betrifft lediglich den Fall, daß eine Verpflichtung nicht quantitativ in vollem Maße, sondern nur zum Teil erfüllt wird, also wenn der Verkäufer nicht die ganze Ware liefert, der Käufer nicht den ganzen Kaufpreis zahlt. Das geht insbesondere auch aus § 323 Abs. 1 BGB. hervor. Wenn sich hiernach bei teilweiser Erfüllung die Gegenleistung entsprechend dem ausbleibenden Teile mindern soll, und noch dazu nach den Regeln der Minderung beim mangelhaft erfüllten Kaufvertrage, so kann sich dies nur auf die quantitative Teilerfüllung beziehen. Wie sollte sich z. B., wenn der Käufer mit der Abnahme im Verzuge ist, der Kaufpreis entsprechend der Nichterfüllung dieser Verpflichtung mindern? Darüber, daß bei der Abnahme zu zahlen ist und daß der Abnahmeverzug dann zugleich Zahlungsverzug bedeutet, siehe unten Anm. 170.

Ist daher der Verkäufer mit einer der in Anm. 161 erwähnten Nebenleistungen im Verzuge, Anm. 164.
so greift der § 326 BGB. nicht Platz. Vielmehr finden auf die Nichterfüllung dieser Verpflichtungen die allgemeinen Regeln vom Verzuge Anwendung, oder von der Unmöglichkeit der Erfüllung (§§ 286, 280 BGB.), und wenn der Schuldner eine Verpflichtung mangelhaft erfüllt, so daß er nicht im Verzuge ist, und die nachträgliche Erfüllung möglich, durch die mangelhafte Erfüllung aber inzwischen ein Schaden erwachsen ist, so greift der allgemeine Grundsatz Platz, daß die Verletzung übernommener Verpflichtungen im Zweifel, d. h. wenn diese Folge nicht ausgeschlossen ist, zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. § 347 Anm. 11).

Digitized by Google

Exk. zu § 374. Insbesondere gilt dies von dem Falle, daß der Käufer mit der Abnahme im Verzuge ist. Allerdings legt der § 433 BGB. dem Käufer die Verpflichtung zur Abnahme
Anm. 165. auf und zwar zugleich mit der Verpflichtung zur Zahlung. Gleichwohl stehen von den hier maßgebenden Gesichtspunkten aus die Zahlungs- und die Abnahmepflicht des Käufers nicht gleich. Die Abnahmepflicht ist keineswegs, weder juristisch, noch wirtschaftlich der Gegenwert für die Lieferungspflicht des Verkäufers. Der Gegenwert für die Lieferung der Ware ist der Kaufpreis. Zur Abnahme ist der Käufer allerdings auch verpflichtet, damit der Verkäufer die Sorge um die Ware los werde, aber diese Befreiungspflicht ist nicht die Hauptverpflichtung, nicht das eigentliche Gegenstück der Lieferungspflicht. Der § 326 BGB. greift daher für den Abnahmeverzug nicht Platz. Vielmehr stehen in diesem Falle, da gleichzeitig Annahmeverzug, d. h. Gläubigerverzug vorliegt, dem Verkäufer die Rechte aus § 373 HGB. und aus den betreffenden Vorschriften des BGB. zu. (Über den Unterschied zwischen Annahme und Abnahmeverzug siehe § 374 Anm. 5). Durch die Unterlassung der Abnahme entsteht also Gläubigerverzug nach § 293 BGB.; zugleich aber auch Schuldnerverzug, wenn Mahnung und die übrigen Erfordernisse des § 284 BGB. vorhanden sind. Dieser Schuldnerverzug verletzt jedoch nicht die Verpflichtung, eine Sache zu leisten, sondern nur die Verpflichtung zur körperlichen Hinwegnahme der vom Verkäufer bereitgehaltenen Sache (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 67 ff., wo auch Art, Ort und Zeit der Abnahme erörtert sind). Der Abnahmeverzug verleiht dem Verkäufer daher nicht das Wahlrecht aus § 326 BGB. und im Fall rechtskräftiger Verurteilung zur Abnahme auch nicht die Rechte aus §§ 325 Abs. 2, 283 BGB., sondern nur die Rechte aus §§ 286, 280 BGB., d. h. der Verkäufer hat Anspruch auf Ersatz des durch die verzögerte Hinwegnahme erwachsenen Schadens, also auf Ersatz der Aufwendung für Wegschaffung und Aufbewahrung der hinderlich gewordenen, nicht abgenommenen Ware. Der Verkäufer hat aber kein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Verweigerung der eigenen, noch ausstehenden Leistung, kein Recht zum Rücktritt vom Vertrag und, im Fall der rechtskräftigen Verurteilung zur Abnahme, kein Recht, den Käufer des Anspruchs auf die Ware für verlustig zu erklären (RG. 53, 161; 56, 173; 57, 111 u. 406; JW. 03 Beil. 79[180]; Stuttgart OLGR. 6, 49; Breslau 3, 184; dagegen Hamburg OLGR. 4, 223; Marienwerder OLGR. 6, 60; OLG. Breslau, Recht 02, 556). Im Gegenteil — der Verkäufer, der, auf den bloßen Abnahmeverzug des Käufers hin, sich weigert, fernerhin Erfüllung anzunehmen, setzt sich selbst in Verzug mit den oben Anm. 84 ff., insbesondere 86 dargestellten Folgen. Die Rechtskraft eines auf Abnahme lautenden Urteils erstreckt sich aus obigen Gründen auch nicht auf die dem Urteil zugrunde liegende Feststellung, daß ein Kaufvertrag zustande gekommen ist (RG. 57, 401).

Anm. 166. Ein Abnahmeverzug (vgl. Exk. vor § 373 Anm. 68) verlangt beim Gattungskauf, daß die bestimmte Ware ausgeschieden ist und dem Käufer als kenntlich ausgeschiedene Ware angeboten ist (§§ 243 Abs. 2, 300 Abs. 2; RG. 57, 406). Dieses Erfordernis ist ein weitergehendes als das der bloßen Erfüllungsbereitschaft, welches zum Annahmeverzuge gehört. Denn zum Annahmeverzug genügt es, wenn die Ware jederzeit mit Sicherheit auf dem Markt oder von einem vertragsmäßig verpflichteten Dritten zu haben ist (§ 373 Anm. 11 u. 15). Die Ware muß dagegen bei der Abnahme zur körperlichen Wegnahme bereitgehalten sein, d. h. sie muß auf Lager zur jederzeitigen Ablieferung und Versendung für den Käufer zur Verfügung stehen (RG. 53, 161; 56, 175). Der Begriff des Bereithaltens darf nicht so enge gefaßt werden, daß daraus ein Bereitstellen wird (dieses letzteren Ausdrucks bedienen sich übrigens die Urteile RG. 57, 402 u. 406, JW. 05, 78[15] u. RG. II 411/04, Urt. v. 21. 3. 05). Daher kann keine Leistungsklage auf Abnahme erst noch anzuschaffender Ware, zu fördernder Kohlen erhoben werden (JW. 05, 58[19]); nur eine Feststellungsklage ist denkbar (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 68), und ist es insbesondere beim Sukzessivlieferungsvertrag nicht möglich die Klage auf Abnahme damit zu begründen, daß der Verkäufer in der Lage sei, die Ware zu beschaffen und abzuliefern (RG. 56, 173). Anderseits gehört zur Klage auf Abnahme nicht, daß die Ware bereits verladen ist. Es genügt vielmehr, wenn die Kohle gefördert und aufgestapelt ist (RG. II 223/05; Urt. v. 11. 7. 05).

Wegen geringfügiger Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden, wenn die Weigerung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Dies gilt selbst bei zugesicherten Eigenschaften,

Digitized by Google

weil dann als Parteiwille zu unterstellen ist, daß die Abnahme nicht abgelehnt werden kann (vgl. Exk. zu RG. 53, 73, wo allerdings § 468 BGB. mit hereinspielte; RG. 47, 135 steht nicht entgegen). § 374.
Ist doch selbst unter ganz ausnahmsweisen Umständen die Preisgabe der Kaufsache zulässig (oben Anm. 2). Der Abnahmeverzug hat beim Gattungskauf auch nicht die Wirkung, daß der Käufer für die während der Dauer des Verzugs eintretende Unmöglichkeit der Leistung (wenn z. B. die Ware verbrennt) nach § 287 BGB. einzustehen hätte, sondern es trägt diesen Zufall der Verkäufer nach § 279 BGB. (oben Anm. 46), wenn nicht etwa die Gefahr nach den im Exk. vor § 373 Anm. 70 erörterten Grundsätzen auf den Käufer übergegangen war (RG. 57, 406).

Dieselben Grundsätze gelten von *sonstigen Nebenverpflichtungen*, die der Verkäufer Anm. 167.
oder der Käufer übernimmt, z. B. wenn der Käufer die Auslagepflicht für Zoll oder Fracht übernimmt. Dies ist eine Erweiterung der Abnahmepflicht (JW. 03 Beil. 138[304]). Dagegen ist die Mitwirkung zur Abnahme durch Abruf, Stellung von Transportmitteln oder Lagerräumen, durch Vornahme der Auswahl kein Teil der Abnahme; es kann auf Vornahme solcher Handlungen eine selbständige Klage gerichtet werden (vgl. Exk. vor § 373 Anm. 71; über den durch solche Weigerung entstehenden Annahme- und Zahlungsverzug siehe oben Anm. 8). Eine solche Nebenverpflichtung ist es, wenn der Verkäufer sein Versprechen, die erste Probe mit der verkauften Maschine zu veranlassen, nicht hält. Der Käufer hat dann kein Rücktrittsrecht, sondern nur den Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz, und, wenn die Probe kein Interesse mehr für den Käufer hat, weil er sie schon selbst hat vornehmen lassen, nur den Anspruch auf Schadensersatz. Dasselbe gilt, wenn sich an den Kauf ein selbständiger Vertrag, z. B. die Verpflichtung des Verkäufers anschließt, das verkaufte Holz anzufahren.

Solche Nebenverpflichtungen sind aber häufig ein Teil der Hauptverpflichtung; nämlich dann, wenn sie in so engem Zusammenhang mit der Hauptleistung stehen, daß die Hauptleistung nicht als bewirkt gilt, wenn die Nebenleistung nicht mit ihr verbunden ist. So z. B., wenn der Verkäufer sich verpflichtet hat, dem Käufer die Handhabung der gelieferten Maschinen, die Geheimnis des Verkäufers ist, zu zeigen oder den Käufer bei der Kundschaft des verkauften Geschäfts einzuführen. In diesem Falle greifen die Regeln der §§ 326, 325 Abs. 2 BGB. auch dann Platz, wenn diese Verpflichtung nicht erfüllt wird. Denn sie ist ja keine Nebenverpflichtung. Auch die *Abnahmepflicht* kann unter besonderen Umständen eine Hauptverpflichtung sein, die zur Anwendung des § 326 BGB. führt. Als solche besondere Umstände sind zu erachten die Tatsache, daß der Betrieb eines ganzen Geschäfts, einer Kohlengrube auf einen großen Lieferungsvertrag eingerichtet ist; die Rückständigkeit mit der Abnahme großer Quantitäten stört die Durchführung des ganzen Betriebs; auch fehlt oft der Platz zur Lagerung sehr großer Mengen (RG. im Recht 05, 470[1835]; 471[1839]). Die Abnahmepflicht ist so zur Hauptverpflichtung geworden. Insbesondere treten diese Gesichtspunkte bei Jahresbezügen und bei Sukzessivlieferungsgeschäften hervor, die schnelle Räumung des Lagers, pünktliche Abnahme wegen bereitgestellter Transportmittel oder wegen der Anstellung zum Verladen bestimmter, sonst unbeschäftigter Kräfte verlangen. Bei Verkäufen von Massenartikeln und bei Verkäufen ab Schiff gilt dasselbe (RG. 53, 262; 57, 112). Man darf also sagen: es sind immer besondere Umstände nötig, damit die Abnahme zur Hauptverpflichtung wird (JW. 03 Beil. 23[46]; Beil. 79[180]; 04, 112[7] u. 171[12]); diese Ausnahme liegt aber vor, wenn infolge besonderer Vertragsbestimmung oder nach der Natur der Sache die Abnahme als Teil der dem Käufer obliegenden Hauptleistung gedacht ist (RG. in LZ. 07, 287[6]). Nur kann der Charakter der Abnahmepflicht als Hauptverbindlichkeit nicht damit begründet werden, daß jedesmal nach der Abnahme Barzahlung zu erfolgen hatte; denn alsdann liegt bei Nichtabnahme Annahmeverzug und Zahlungsverzug vor, welch letzterer für sich allein zur Anwendung des § 326 BGB. führt. Anm. 168.

Wie mit der Abnahme verhält es sich mit dem *Abruf*, obgleich letzterer kein Teil der Abnahme ist (Exk. vor § 373 Anm. 71). Der Abruf ist zur Aufrechterhaltung geordneten Geschäftsbetriebs bei Massenartikeln, bei Verkäufen ab Schiff oder mit Rücksicht auf Abschlüsse mit Vormännern, oder weil die Ware die Lagerung nicht erträgt, oder weil es für die großen

Digitized by Google

Exk. zu § 374. Mengen an Platz fehlt und so der Verkäufer in ernstliche Verlegenheit gerät, häufig mit größter Pünktlichkeit vorzunehmen. In solchen Fällen ist durch Unterlassen des Abrufs nicht nur Annahmeverzug (Gläubigerverzug § 373 Anm. 1 u. 13), sondern auch Leistungsverzug (Schuldnerverzug) eingetreten, der den Verkäufer auf den Weg des § 326 BGB. zum Wahlrecht zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt führt (RG. 53, 161; 55, 426; 56, 173; 57, 109). Alsdann wird der Abruf, der sonst ein Recht des Käufers ist, zu einer Pflicht desselben. Daß der Verkäufer bei Unterbleiben des Abrufs die Ware unter Umständen doch absenden darf, ändert nichts, das ist nur ein Recht (RG. in LZ. 07, 287[6]).

Anm. 169. Mehrere Verpflichtungen erscheinen mitunter als Hauptverpflichtungen, so daß kein reiner Lieferungsvertrag, sondern ein gemischtes Geschäft vorliegt. So z. B., wenn jemand sich zur Lieferung verpflichtet und seinem Abnehmer zusichert, nur ihm allein in einem bestimmten Bezirk zu liefern, oder wenn der Abnehmer sich verbindlich macht, nicht in gewisse Bezirke weiter zu verkaufen. Diese Verpflichtung zu einer Unterlassung ist ebenso Hauptverpflichtung, wie die Lieferungsverpflichtung selbst. Die Verletzung verbindet zum Schadensersatz nach § 276 BGB. wegen schuldhafter Vertragsverletzung (§ 347 Anm. 12). Der Schadensersatz wegen dieser Verletzung kann, wenn die Erfüllung des Vertrags infolge jener Verletzung kein Interesse mehr für den Verletzten hat, den ganzen Vertrag ergreifen. Handelt es sich um Nichterfüllung positiver Verpflichtungen solcher Art, so liegt Verzug in Erfüllung einer Hauptverpflichtung vor und der § 326 BGB. findet Anwendung. Auch die Grundsätze über positive Vertragsverletzungen finden dann Anwendung; diese führen zur entsprechenden Anwendung des § 326 BGB. (vgl. RG. im Recht 04, 551[2366] und unten Anm. 172 ff.).

Anm. 170. Endlich muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Abnahmeweigerung und die Verweigerung des Abrufs oft eine Zahlungsweigerung enthält; wenn nämlich der Käufer die Zahlung weigert, nachdem er sich geweigert hat, die ihm angebotene Ware abzunehmen, oder nach ergangener Aufforderung die Lieferung abzurufen, oder wenn er die Ausführung des Vertrags dadurch hindert, daß er seine Mitwirkung zu der Erfüllung des Verkäufers weigert (vgl. JW. 03 Beil. 79[180] u. RG. 56, 177 f.; vgl. oben Anm. 8 u. 9). In diesem Falle kann der Verkäufer allerdings die Rechte aus § 326 BGB. geltend machen; aber nur, weil nach der Gestaltung des Falles gleichzeitig Zahlungsverzug eintritt (vgl. RG. 61, 279). Ein solcher Zahlungsverzug ist gegeben, wenn Abnahme, Abruf oder Mitwirkung zur Erfüllung und Zahlung Zug um Zug erfolgen sollen (ähnlich bei der Klausel „Kasse gegen Konnossemente"; Exk. zu § 372 Anm. 46 b). Dieser Zahlungsverzug ist ferner vorhanden, wenn der Käufer jede Leistung aus dem Vertrage, nicht nur Abnahme oder Abruf verweigert, indem er sich vom Vertrag völlig durch Bestreiten des Zustandekommens lossagt, durch Anfechtung des Vertrags, durch Annullierung, durch unbefugten Rücktritt (RG. 53, 165; 57, 113; JW. 03 Beil. 23[46]). Es finden alsdann die Grundsätze über positive Vertragsverletzung Anwendung (vgl. oben Anm. 86 und unten Anm. 172 ff.).

H. Der Fall des Verzugs im Konkurse.

Anm. 171. Hierüber siehe im Exk. zu § 382.

J. Positive Vertragsverletzung (schuldhafte Vertragsverletzung).

Lit.: Siehe oben vor Anm. 1; ferner Zusammenstellung bei Lehmann ACivPr. 96 n. F. 46, 60 und Kiß in Zeitschr. f. d. Pr. u. öffentl. R. 32, 178.

Anm. 172. I. **Einleitung:** Zuerst hat das Reichsgericht (VI 172/92 Urt. v. 5. 12. 92 SeuffBl. Erg. Bd. 11, 120) in einem Falle andauernder Vertragsverletzung durch Lieferung schlechten Bieres dem Bierbezugspflichtigen ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrag eingeräumt und dies damit begründet, daß eine Unmöglichkeit vertragsmäßiger Erfüllung auch für die Zukunft vorliege, weil die Lage kein Zuwarten gestatte, und der Wirt ein Interesse an der Auflösung des Vertrags habe. Sodann hat das Reichsgericht (II 67/01 Urt. v. 12. 5. 01; Müller bei

Digitized by Google

Gruch. 50, 534) für Fälle andauernd schlechter Bierlieferung und Stellung ungenügender Eismengen und mehrfachen Beschwerden des Wirts ungeachtet der Verständigung bezüglich mehrerer Sendungen (nicht in unbedingtem Widerspruch mit RG. 1, 53 u. 62; hierüber ROHG. 14, 293 u. RG. 57, 115) ein Auflösungsrecht für die restliche Vertragszeit gewährt. Endlich hat das Reichsgericht (III 318/01 Urt. v. 17. 12. 01; JW. 02, 80[15]) in einem ganz ähnlichen Falle ein durch stillschweigende Vereinbarung gewährtes Rücktrittsrecht angenommen, wenn statt der Lieferung kaufmannsguten Bieres fortgesetzt so schlechtes Bier geliefert werde, daß die Existenz des Wirtes gefährdet sei. Diese drei Entscheidungen, von denen die letztere (vielfach mit Unrecht angegriffene) heute noch anwendbar ist, weil sie den wirtschaftlichen Kern der ganzen Frage trifft, waren die Vorläufer des Systems der positiven Vertragsverletzungen. Staub (Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festgabe für den 26. deutschen Juristentag, erweitert in seiner Abhandlung „Die positiven Vertragsverletzungen", Berlin 1904) sprach erstmals den Grundsatz aus, daß positive Rechtsverletzungsakte, die den Vertragszweck gefährden, den Verzugsfolgen gleichstehende Wirkungen der Art haben müssen, daß die entsprechende Anwendung des § 326 Abs. 1 BGB. ohne weitere Androhung und Fristsetzung Platz greift. Staub hat noch an einer Reihe von Beispielen, die sämtlich angefochten sind, die Abgrenzung des Begriffs der positiven Vertragsverletzungen nach der Seite hin versucht, daß es gewisse, vom Schuldner zu vertretende Vertragsverletzungen gebe, die weder einen Schuldnerverzug im Sinne des § 326 BGB. begründen, noch die Annahme einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 325 BGB. zulassen, trotzdem aber dem Gläubiger ohne Androhung und Nachfristsetzung das Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich des ganzen Vertrags gewähren. Das Reichsgericht ist dieser Auffassung beigetreten, hat aber in den hier fraglichen Fällen anfänglich (RG. 54, 100 u. 287; Holdheim 05, 49) die Mitverwendung des Unmöglichkeits- und des Verzugsbegriffs nicht abgelehnt; sodann aber einen selbständigen Begriff der positiven Vertragsverletzungen aufgestellt und daran festgehalten (a. M. Makower, Vorbem. zu §§ 375, 376 II e 1 u. 3). Exk. zu § 374.

II. **Begriffsbestimmung einer positiven Vertragsverletzung:** Anm. 173.

1. Unter einer **positiven Vertragsverletzung** ist ein vom Schuldner zu vertretender Verstoß in der Vertragserfüllung zu verstehen, der sich mit Rücksicht auf die Natur des Vertrags und die besonderen Verhältnisse der Vertragschließenden als so wesentlich darstellt, daß dem vertragstreuen Teil nach den Umständen des Falles bei billiger Beurteilung die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zugemutet werden kann, wenn also, um es kurz zu sagen, **der Vertragszweck erheblich gefährdet ist** (RG. 57, 115; 63, 297; JW. 06, 299[3]). Ist der Vertragszweck in dieser Weise gefährdet, so steht die Gefährdung der völligen Vereitelung des ganzen Vertrages gleich. Der vertragstreue Teil kann ohne Androhung und Fristsetzung hinsichtlich des ganzen Vertrags zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen — gerade so, wie er es im Falle des Leistungsverzugs nach gehöriger Androhung der Nichtannahme der Leistung und Fristsetzung tun darf. Diese Rechtsfolgen knüpfen sich ebenso an jedes tätliche Zuwiderhandeln gegen die Vertragserfüllungspflichten wie an das schuldhafte Unterlassen der Vertragserfüllung (RG. 54, 102; JW. 03 Beil. 55[198]). Der Rechtsgrundsatz, der in dem Begriff der positiven Vertragsverletzungen verwirklicht wird, ist allerdings im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen. So fehlt es aber auch im Gesetz an einer ausdrücklichen Festlegung des in seiner Anwendung kaum mehr bestrittenen Rechtsgedankens, daß in allen Vertragsverhältnissen, in denen die Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht besonders geregelt ist, diese Haftung in der Haftung für Schadensersatz besteht (hierüber § 347 Anm. 11 und zu § 377). Besonders geregelt hat das Gesetz das Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur für die Fälle der Unmöglichkeit in § 325 BGB. und für den Fall des Leistungsverzugs, nicht aber für den Fall, wenn ein Teil seine Erfüllungspflicht schuldhaft verletzt und dadurch ohnehin schadensersatzpflichtig wird. Auch hier muß, wenn der Vertragszweck ernstlich

Digitized by Google

Erl. zu § 374. gefährdet ist — derselbe Gedanke liegt doch auch den §§ 325, 326 BGB. zugrunde — die Möglichkeit gegeben sein, von dem Vertrag, und zwar von dem ganzen Vertrag, loszukommen, wenn das Festhalten an dem Vertrag keinen Zweck mehr hat. Ist dieser Gedanke aber ein allgemein gültiger, wie dies soeben darzulegen versucht worden ist, so muß er für alle gegenseitigen Verträge Geltung haben. Wenn das Reichsgericht (V 406/05 Urt. v. 24. 3. 06; JW. 06, 334[10]; vgl. Makower, Vorbem. vor §§ 375, 376 S. 1177) davon ausgeht, es beschränke sich die ganze Lehre von den positiven Vertragsverletzungen nur auf „handelsrechtliche Verhältnisse", gelte aber nicht für Grundstückskäufe, so kann dem nicht beigetreten werden. Beizutreten ist jener Entscheidung nur insofern, als beim Grundstückskauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht so berechnet werden kann, daß der Verkäufer einen Deckungsverkauf vornimmt und dann den Unterschied zwischen Vertragspreis und Erlös als seinen Schaden geltend macht (vgl. oben Anm. 86 am Ende). Die Gegner der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen erkennen wohl jetzt an, daß die ganze Frage davon abhängt, ob man eine richtige Begrenzung des gegebenen Begriffs findet (Dernburg II 1 § 98 VI). Diese Frage hängt aber wieder davon ab, was man unter einer erheblichen Gefährdung des Vertragszwecks zu verstehen hat (Jacobi in Gruch. 50, 230; Hachenburg in LZ. 07, 9ff.).

Anm. 174. 2. Der Vertragszweck muß also erheblich gefährdet sein, und zwar gemäß der in Anm. 173 gegebenen Umschreibung, derzufolge die Umstände eine bedeutsame Rolle spielen. Die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen ist wesentlich von dem Gesichtspunkt der Interessentheorie beanstandet, nach der gemäß § 326 Abs. 2 BGB. mangelndes Interesse an der Vertragserfüllung gefordert werden müsse, sowie vom Standpunkt der Unmöglichkeit der Erfüllung, nach dem bei teilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung mangelndes Interesse an der teilweisen Erfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 3 u. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu verlangen sei. Allein es kommt nur auf die Umstände des Falles an, und ob danach die Vertragsverletzung eine so wesentliche ist, daß die Fortsetzung des Vertrags dem vertragstreuen Teil billigerweise nicht zugemutet werden kann. Bei dieser Würdigung sind mangelndes Interesse an fernerer Erfüllung auf seiten des vertragstreuen Teils und die Unmöglichkeit fernerer vertragsmäßiger Lieferung auf seiten des Vertragsgegners als ein Teil der Umstände nach der Richtung in Betracht zu ziehen, ob fernere Vertragserfüllung dem vertragstreuen Teil nach den Grundsätzen von Treu und Glauben noch angesonnen werden darf. Mangelndes Interesse und Unmöglichkeit der Erfüllung sind nicht die einzigen, auch nicht die notwendigen rechtlichen Erfordernisse des Begriffs der erheblichen Gefährdung des Vertragszwecks, sondern nur ein Teil der Elemente, die von tatsächlicher Bedeutung sind. Denn die positive Vertragsverletzung setzt gerade voraus, daß weder Leistungsverzug noch Unmöglichkeit der Erfüllung vorliegt. Zu den weiteren Umständen, die für die Gefährdung des Vertragszwecks in Betracht zu ziehen sind, gehört zunächst der Vertragszweck selbst, d. h. die beabsichtigte Verwendung der Ware, und sodann das Verhalten beider Teile. Denn, wer selbst säumig war,' und durch zu späten Abruf oder verspätete Abnahme die Lieferung schlecht gewordener Ware veranlaßt hat, kann sich nicht auf diesen Fehler berufen, wenn er die Gefährdung des Vertragszwecks geltend machen will. Dabei wird nicht immer vorauszusetzen sein, daß die Säumigkeit gerade in die strenge Form eines Annahme- oder Abnahmeverzugs gebracht worden sein müßte. Wer durch sein Verhalten, z. B. durch ruhiges Hinnehmen verspäteter oder mangelhafter Lieferungen oder Zahlungen, Nichtausübung des Zurückbehaltungsrechts u. dgl. zu erkennen gegeben hat, daß er den Vertragsverletzungen keine oder keine erhebliche Bedeutung beimesse, hat damit selbst die Feststellung getroffen, daß keine oder doch keine erhebliche Gefährdung des Vertragszwecks vorliegt, wenn auch die Verletzung an sich objektiv erheblicher Art war. Auch dann fehlt es an einer erheblichen Gefährdung des Vertragszwecks, wenn die Vertragsverletzungen geringfügiger Art waren, wenn pünktliche Zahlung oder eine zeitliche Begrenzung der Lieferpflicht keine Vertragsbedingung darstellte, oder wenn die Verzögerung eine unbedeutende war oder die mangelhafte oder verspätete Erfüllung weit zurückliegt. Es ist z. B. der Vertragszweck erheblich gefährdet, wenn der Käufer ungeachtet der

Digitized by Google

Verwahrungen des Verkäufers die gelieferte Ware vertragswidrig so verwendet, daß die vertragsmäßig vorgesehene, auf die Verwendungsart zu stützende Abrechnung unmöglich wird (RG. 54, 98). Anders würde sich derselbe Fall gestalten, wenn das Quantum der gelieferten Ware (Kies) nur mit Schwierigkeiten, vielleicht nur durch Schätzung ermittelt werden könnte. Sodann erfordern die Grundsätze von Treu und Glauben besondere Beachtung; denn es darf ein Verstoß des Gegners nicht zu dessen Überraschung verwendet werden. Daher kann nicht der Verkäufer, der mehrfach unpünktliche Zahlungen hat durchgehen lassen, eine vereinzelte neue Verspätung zum plötzlichen Abbruch der Geschäftsverbindung, d. h. zum Rücktritt vom Vertrag benutzen, wenn er nicht zuvor dem Käufer kundgegeben, daß er auf pünktlicher Zahlung bestehe, und wenn er nicht ein berechtigtes Interesse an genauer Einhaltung der Zahlungsbedingungen hatte (vgl. JW. 06, 299[3]). Treu und Glauben verlangen es überhaupt, daß der Gegner nicht in eine Lage versetzt werde, deren Eintreten er verhindert haben würde, wenn er darauf hingewiesen worden wäre (RG. 54, 103). Es ist dies nicht das Erfordernis einer Fristbestimmung (wie Dernburg II 2, § 179 III Fußnote 6 annimmt), sondern es muß dem Gegner nur die Tragweite seines vertragswidrigen Verhaltens, wo sie zweifelhaft sein kann und Treu und Glauben es erheischen, klar gemacht werden (vgl. § 254 Abs. 2 BGB. u. oben Anm. 102). Eine solche Erklärung des vertragstreuen Teils ist nicht zu fordern, wenn die Gefährdung des Vertragszwecks bereits eingetreten ist, und eine Warnung nichts mehr ändern könnte. Exk. zu § 374.

III. Die Anwendung der Regeln über die positive Vertragsverletzung. Anm. 175.

1a) Schon eine einmalige schuldhafte Vertragserfüllung kann den Voraussetzungen positiver Vertragsverletzung genügen. Ist z. B. ein Kauf nach Muster abgeschlossen und mengt der Verkäufer nachher die Musterwaren mit minderwertiger Ware gleicher Gattung in der Erwartung, der Käufer werde, auf das Muster vertrauend, die Ware nicht untersuchen, und deshalb die Mischung nicht entdecken, so enthält eine solche Handlungsweise nicht nur ein arglistiges Verschweigen (§ 377 Abs. 5), sondern auch eine positive Vertragsverletzung. Der Käufer kann ohne weiteres zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren. Dasselbe gilt, wenn der Käufer die Verpflichtung, die Ware nur ins Ausland weiterzuverkaufen, verletzt, um sich dadurch eine Art Ausfuhrprämie zu verschaffen, weil er sonst die höheren Inlandspreise hätte anlegen müssen (vgl. JW. 06, 171[17]). Es muß eben die einmalige Vertragsverletzung so bedeutsam sein, daß durch sie allein einem besonderen Vertrauen in die gehörige und rechtzeitige Erfüllung des Vertrags die Grundlage entzogen wird. Dies ist der Fall, wenn der Käufer fremde Ware als solche des Verkäufers abgesetzt und dadurch den geschäftlichen Ruf des Verkäufers geschädigt hat (JW. 06, 299[3]). Die einmalige Vertragsverletzung braucht, für sich allein betrachtet, nicht von erheblichem Nachteil begleitet zu sein. Ist z. B. dem Käufer, der sich für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum zum Bezug einer großen Warenmenge verpflichtete, das Alleinverkaufsrecht in einem verhältnismäßig kleinen Bezirk zugesichert, so kann ein einziger Eingriff in dieses Alleinverkaufsrecht so schwerwiegend sein, daß darin eine positive Vertragsverletzung zu erblicken ist (vgl. RG. 54, 286). Hatte der Verkäufer z. B. die Einrichtung des Geschäfts und dessen Ausstattung mit Waren übernommen, aber dabei solche Verstöße sich zu Schulden kommen lassen, daß nur völlige Sachunkunde oder Mißbrauch des geschenkten besonderen Vertrauens die Ursache sein kann, so sind auch die Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung gegeben (RG. 62, 283 ff.; wobei übrigens auch die Haftbarkeit aus § 276 BGB. zuträfe; § 347 Anm. 11). Es bleibt jedoch die Ausnahme, daß einem einmaligen Verstoße so weittragende Bedeutung beigemessen werden darf — abgesehen von der grundsätzlichen Weigerung der Vertragserfüllung.

b) Die Weigerung der Vertragserfüllung hat nicht ohne weiteres die Bedeutung einer erheblichen Gefährdung des Vertragszwecks, d. h. einer positiven Vertragsverletzung. So kann z. B. nicht in bloßen Meinungsverschiedenheiten (JW. 00, 394[15]) oder in einer Zuvielforderung (JW. 99, 577[17]) oder in entschuldbarer irriger Vertragsauslegung eine Weigerung, den Vertrag zu erfüllen, erblickt werden, obgleich allerdings der Vertrag nicht so, wie er ge- Anm. 176.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. schlossen ist, erfüllt werden will. Zu einer Weigerung, wie sie hier gemeint ist, gehört vielmehr nicht nur eine ernstliche und bestimmte Weigerung, den Vertrag zu erfüllen (hierüber Näheres oben Anm. 84), sondern es muß die Weigerung auch eine solche sein, daß sie ein Lossagen vom Vertrag enthält. Am deutlichsten tritt dieses Lossagen in die Erscheinung durch die Erklärung, man annulliere den Vertrag, man fechte ihn an, er sei nicht zustande gekommen (RG. 57, 113), oder man trete zurück (hierüber oben Anm. 86 am Ende). Dieses Lossagen kann ferner darin enthalten sein, daß die Erfüllung von einer unzulässigen Bedingung abhängig gemacht wird und diese Bedingung einen so wesentlichen Punkt des Vertrags betrifft, daß die Stellung der Bedingung einem Lossagen vom ganzen Vertrag gleichsteht. Dasselbe gilt, wenn die Weigerung auch nur dahin geht, nicht jetzt oder nicht in der vertragsmäßigen Art und Weise zu erfüllen (hierüber oben Anm. 84), oder wenn der Verkäufer ein vertragswidriges Ausfallmuster mit der Erklärung sendet, daß er nur solche und keine andere Ware liefern werde, oder wenn der Nichtsäumige eine zu kurze Frist setzt (oben Anm. 90) und aus der Erklärung oder den Umständen zu entnehmen ist, daß die Erfüllung auch binnen angemessener Frist nicht angenommen werde. Der Nichtsäumige setzt sich so selbst in Erfüllungsverzug. Auch die Verweigerung des Abrufs und der Abnahme stellt eine positive Vertragsverletzung dar, wenn darin ein Lossagen vom Vertrag liegt (vgl. oben Anm. 84 u. 170). So kann die Ablehnung oder Einhaltung einer einzelnen Vertragsbedingung z. B. der Vorauszahlung, falls sie einen erheblichen Teil des Vertragsinhalts betrifft, mit gänzlicher Nichteinhaltung des Vertrags gleichwertig sein. Regelmäßig gehört aber hier zur Gefährdung des Vertragszwecks, daß der Käufer schon vorher unpünktlich zahlte und ihm das erhebliche Interesse des Verkäufers an pünktlicher Zahlung bekannt war (JW. 01, 308[14]), und daß er vom Verkäufer nicht gegen Treu und Glauben überrascht wird (oben Anm. 174).

Anm. 177. 2. Die Regel bildet, daß erst eine wiederholte Vertragsverletzung eine erhebliche Gefährdung des Vertragszweckes darstellt. Also dauernd unpünktliche Zahlungen (JW. 03 Beil. 55[128]), wenn dem Käufer das erhebliche Interesse des Verkäufers bekannt war (JW. 06, 299[3]; oben Anm. 176). Von demselben Gesichtspunkt beurteilt sich eine Verletzung der Kundenschutzklausel seitens des Verkäufers (RG. 54, 286; Holdheim 05, 49) und eine vertragswidrige Verwendung der Lieferungen, so daß der nach der vertragsmäßigen Verwendung zu berechnende Preis nicht mehr festzustellen ist (RG. 54, 98), wenn der Käufer die Folgen kannte. Eine besondere Stellung nehmen die auf die Dauer berechneten Verträge, d. h. die Sukzessivlieferungsverträge ein.

Anm. 178. IV. **Die Sukzessivlieferungsverträge** insbesondere:

1. Der Begriff der Sukzessivlieferungsverträge und der gleichstehenden Verträge ist oben Anm. 135 ff. und 146 erörtert. Dort (Anm. 136 u. 140) ist dargelegt, daß der Nichtsäumige beim Verzug mit einer Rate sein Wahlrecht wegen aller künftigen Raten ausüben darf. Dort sind aber nur die Fragen erörtert, welche sich beim Leistungsverzug einstellen, nicht aber die, welche entstehen, wenn mangelhaft geliefert ist. Die Regeln der positiven Vertragsverletzungen finden ihre Hauptanwendung aber gerade in Fällen mangelhafter Erfüllung. Deshalb ist hier den Erörterungen zu § 377, soweit nötig, vorzugreifen und zwar vornehmlich hinsichtlich der Rechte des Käufers, dem mangelhaft geliefert wird:

Anm. 179. a) Der Käufer kann jede einzelne mangelhafte Rate zurückweisen und Lieferung mangelfreier Ware verlangen, § 480 BGB. Er kann alsdann jede einzelne Lieferung einklagen oder seine Rechte auf Wandelung, Preisminderung oder auf Schadensersatz wegen schuldhafter Nichterfüllung (§ 276 BGB.) geltend machen, wenn die betreffenden Voraussetzungen vorliegen (hierüber zu § 377 Anm. 49 ff.). Der Käufer kann aber auch die Lieferung als einen erfolglosen Lieferungsverzug behandeln und gegen den Verkäufer unter Setzung angemessener Frist gemäß § 326 BGB. die Rechte aus dem Erfüllungsverzug geltend machen (RG. im Recht 04, 629[2700]; 05, 15[17]). Der Käufer kann aber auch bei Zurückweisung der mangelhaften Rate dem Verkäufer mit der Fristsetzung androhen, daß er, wenn innerhalb der Frist die Rate nicht mangelfrei geliefert werde, die Erfüllung auch der künftigen Raten nicht mehr annehmen werde

Digitized by Google

(RG. in Holdheim 14, 81 u. im Recht 04, 629[2700]). Nur muß diese Androhung klar und deutlich sein. Nach vergeblichem Fristablauf kann er vom ganzen Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags wählen. Der Käufer kommt auf diesem Wege beim Gattungskauf zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch dann, wenn es sich nicht um Zusicherung einer Eigenschaft oder um arglistiges Verschweigen handelt (§ 480 Abs. 2 BGB.). Einer Fristsetzung oder Androhung bedarf es nicht, wenn die fernere Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse mehr hat, z. B. wenn die gehörige Erfüllung zu ununterbrochenem Betrieb unerläßlich war (s. oben Anm. 101). Der Käufer kann aber auch, wenn er jede einzelne Lieferung abwarten will, hinsichtlich einer jeden von § 326 BGB. Gebrauch machen und so hinsichtlich einer jeden ein verschiedenes Recht ausüben (vgl. oben Anm. 143 u. 137). Exk. zu § 374.

b) **Der Käufer kann aber auch bei Gefährdung des Vertragszweckes ohne weiteres vom ganzen Vertrag zurücktreten oder die Erfüllung des ganzen Vertrags zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.** Das heißt, es findet der § 326 BGB. ohne Androhung und ohne Setzung einer Nachfrist entsprechende Anwendung, wie dies oben Anm. 173 dargelegt ist. Bei solchen Verträgen, die auf die Dauer berechnet sind, werden beide Teile schwer in ihren geschäftlichen Anordnungen geschädigt, wenn die Einzellieferungen oder Zahlungen nicht gehörig oder nicht rechtzeitig erfolgen. Daher hat hier eine erhebliche Verletzung des Vertrags eine erhöhte Bedeutung und erfüllt leichter den Begriff der Gefährdung des Vertragszwecks (vgl. auch RG. 58, 422). Anm. 180.

α) **Schon eine einmalige schuldhafte Vertragsverletzung** (oben Anm. 175) kann das Vertrauen so erschüttern, daß die Fortsetzung des Vertrags dem Verletzten nicht zugemutet werden kann; insbesondere gilt dies vom Lossagen vom Vertrag in Form der Erfüllungsverweigerung (oben Anm. 176), die z. B. auch in der Erklärung enthalten ist, es könne oder wolle nicht anders, denn vertragswidrig, geliefert werden. Dem steht es gleich, wenn der Käufer seinen ganzen Jahresbedarf vom Verkäufer beziehen muß und dieser nun seine Lieferungen einstellt (RG. II 83/06 Urt. v. 28. 9. 06), oder wenn der bierbezugspflichtige Wirt seine Wirtschaft schließt oder erklärt, er werde fernerhin nicht mehr beziehen, abnehmen oder abrufen. Auch arglistige Täuschung über die Qualität der gelieferten Ware enthält eine positive Vertragsverletzung (RG. II 97/06 Urt. v. 23. 10. 06). Anm. 181.

β) **Regelmäßig ist aber eine wiederholte schuldhafte Vertragsverletzung erforderlich,** damit der Vertragszweck als ernstlich gefährdet zu erachten ist. Es kommen auch hier die oben Anm. 173, 174 u. 177 dargestellten Grundsätze zur Anwendung. Anm. 182.

γ) **Mangelhafte Lieferung** einer einzigen Rate stellt eine positive Vertragsverletzung dar, wenn die Vereitelung des dem Verkäufer bekannten Verwendungszweckes der Lieferung nach den Umständen einen höchst bedeutsamen wirtschaftlichen Einfluß ausübt. Hat z. B. der Wirt zu einem großen Fest ungenießbares Bier erhalten, so daß er durch das Ausschenken des Bieres in Mißkredit käme, und vermag ihm der Verkäufer nicht sofortigen Ersatz zu bieten, so kann ihm die Fortsetzung des Vertrags nicht angesonnen werden, weil das zur Fortsetzung des Vertrags nötige Vertrauen vernichtet ist. **Regelmäßig rechtfertigt aber nur andauernd schlechte Lieferung die Anwendung der Grundsätze über positive Vertragsverletzungen.** Die Tatsache allein, daß der Käufer unter fortgesetzten Bemängelungen weiterbezog, und über einzelne beanstandete Raten eine Verständigung erzielt wurde, ändert noch nichts. Es kommt auf die Bedeutung dieser Vorkommnisse für die Vertragserfüllung im ganzen an. Allerdings kann auf solche Lieferungen, die wegen unterlassener Mängelrüge als genehmigt gelten, eine positive Vertragsverletzung nicht gestützt werden (JW. 07, 149[35]; RG. 1, 53 u. 62), während andererseits in der Annahme und Zahlung einzelner Lieferungen noch keine Genehmigung zu finden ist, wenn die Mängel gehörig gerügt worden sind (RG. 57, 115; JW. 04, 171[12]). Denn es kann die Annahme in der Erwartung erfolgt sein, daß künftig vertragsmäßig geliefert werde. Die Ware ist alsdann eben nicht als Anm. 183.

Digitized by Google

Exk. zu § 374. eine fehlerlose angenommen. Wird der Rücktritt oder der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung infolge positiver Vertragsverletzung auf eine zurückgewiesene, fehlerhafte Lieferung gestützt, so kann die Mangelhaftigkeit solcher Lieferungen, deren Mängel infolge Versäumung der Rüge als genehmigt gelten, ebenfalls zur Begründung der Annahme verwertet werden, daß künftig vertragsmäßige Lieferungen überhaupt nicht zu erwarten sind, d. h. daß der Vertragszweck erheblich gefährdet ist. Denn für die Erheblichkeit sind auch solche Umstände von Bedeutung, weil es auf die Gesamtleistung ankommt. Daß die rechtzeitige Mängelrüge der Rücktrittserklärung nachfolgt, macht nichts aus (JW. 07, 149[35]). Die Mängelrüge kann ja auch in der Rücktrittserklärung selbst enthalten sein. Ausschließlich nach diesen Gesichtspunkten ist die Gefährdung des Vertragszweckes jedoch nicht zu beurteilen (hierüber oben Anm. 174); es kommt auch das Verhalten des Abnahmepflichtigen selbst in Betracht, und ob er dabei zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Verstöße als erhebliche erachte; dieses Verhalten läßt nämlich einen Rückschluß auf die objektive Erheblichkeit zu (oben Anm. 174). Er muß in seinem Verhalten bekunden, daß er an der Fortsetzung des Vertrags in dieser Weise kein Interesse hat (RG. 63, 297). Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist es einerlei, daß die Möglichkeit künftig vertragsmäßiger Lieferung nicht ausgeschlossen erscheint. War die letzte Lieferung vertragsmäßig, so kann der Käufer nicht mehr auf die Mangelhaftigkeit vorangegangener Lieferungen zurückgreifen, weil der Unterstellung, es würden sich bei einem großen Teil der künftigen Lieferungen berechtigte Anstände ergeben, der Boden entzogen ist (RG. 111/06 Urt. v. 2. 11. 06). Auch so kann die Sache liegen, daß erst durch die mangelhafte Vertragserfüllung die Vertrauensunwürdigkeit und die Leistungsunfähigkeit des Gegners hervortritt (RG. 62, 285 oben Anm. 175 am Ende). Weitere Beispiele siehe oben Anm. 177.

Anm. 184. 2. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung berechnet sich gerade so, wie im Falle des Schuldnerverzugs bei den Sukzessivlieferungsverträgen. Über die Ansprüche des Verkäufers s. oben 137 und über die Ansprüche des Käufers oben Anm. 63, 69, 143 f.

Anm. 185. V. Über die Unmöglichkeit nachträglicher Erfüllung siehe oben Anm. 113.

Anm. 186. VI. Der Erfüllungsort ändert sich durch Geltendmachung einer positiven Vertragsverletzung nicht. Es verhält sich hier nicht anders als beim Schuldnerverzug (hierüber Exk. zu § 372 Anm. 16 u. 27).

Anm. 187. **K. Übergangsvorschriften.**

Kommt bei einem vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Vertrag nach dem 1. Januar 1900 ein Teil in Verzug, so ist das ältere Recht anzuwenden (RG. 52, 262; JW. 03, 185[42]; vgl. § 352 Anm. 17).

§ 375.

§ 375. Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen.

Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt des Käufers vornehmen oder gemäß § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Im ersteren Falle hat der Verkäufer die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzutheilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen. Wird eine solche innerhalb der Frist von dem Käufer nicht vorgenommen, so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend.

Lit.: Berndorff, Die Gattungsschuld, Berlin 00 (preisgekr.); Haver, Die Gattungsschuld, Berlin 00 (preisgekr.); Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, IheringsJ. 41, 1; Oertmann, Der Kauf mit Spezifikation, AcivPr. 85, 202 (altes Recht); Regelsberger, Alternativobligation,

Digitized by Google

IheringsJ. 16, 159 u. ACivPr. 49, 185; Romeick, Zur Technik des BGB., Heft 1, Fristbestimmung, § 375. Stuttgart 01.

Der vorliegende Paragraph gibt Sonderbestimmungen für den sogenannten Spezifikationskauf, die dem früheren Recht fehlten und auch jetzt noch nicht erschöpfend sind.

I. **Begriff und Arten des Spezifikationskaufs.** Zunächst ist nicht als Spezifikationskauf der Anm. 1. Fall anzusehen, in dem jemand unter verschiedenen, wenn auch zahlreichen, Warensorten die Wahlbefugnis hat. Dies ist vielmehr ein einfacher Alternativkauf (RG. 35, 2). Von einem Alternativkauf ist wieder der Fall zu unterscheiden, bei dem einzelne gattungsmäßig bestimmte Stücke oder Mengen gekauft sind, die der Käufer aus einer an sich veränderlichen Gesamtheit auszuwählen hat. Dies ist nur eine besonders geartete Gattungsschuld, keine Wahlschuld (ROHG. 24, 31; RG. 28, 221; 57, 141; JW. 01, 209). Sehr häufig erfolgen jedoch im Handelsverkehr Bestellungen derart, daß das Quantum der abzunehmenden Ware verabredet, hinsichtlich der Qualität aber eine zwar bestimmte Sorte vereinbart wird, doch so, daß der Käufer bestimmen kann, in welchen Maßen oder in welchen Formen zu liefern ist (Eisen in bestimmten Dimensionen; Garn einer bestimmten Sorte in verschiedenen Nummern). Hinsichtlich der Preisbestimmung wird ein Grundpreis vereinbart und für die verschiedenen Arten der Formgebung Überpreise. Das sind Spezifikationskäufe. Solche Verträge sind vollkommene Kaufverträge (ROHG. 14, 41; 16, 204; RG. 10, 97; 14, 243; 30, 101; RG. 35, 2). Dies bestimmt unser § 375 ausdrücklich. Oft gestaltet sich der Fall dahin, daß das abzunehmende Quantum unter Verschiedenheit der Grundpreise nicht aus einer Warensorte zu leisten ist, sondern unter beliebiger Teilung aus mehreren Sorten gewählt werden darf. Auch dies ist ein vollkommener Kaufvertrag (komplizierter Spezifikationskauf; ROHG. 18, 48; RG. 30, 100; 43, 101). Ein ebenfalls unter den Begriff des Spezifikationskaufs fallendes „ähnliches Verhältnis" unseres Paragraphen liegt vor, wenn der Käufer nicht nur die verschiedenen Sorten und Formen (Garnnummern), sondern auch den Grundstoff (die Qualitäten) wählen darf (RG. im Recht 05, 475[1889]). Wenn Lehmann-Ring § 375 Nr. 2, Makower § 375 III 6 unter ähnlichen Verhältnissen auch Lieferungszeit, Erfüllungsort usw. verstehen, so ist dem nicht beizutreten; die dafür angezogenen Entscheidungen (ROHG. 13, 303; RG. 6, 61) lassen sich für diese Ansicht nicht verwerten. Im einfachen Spezifikationskauf fand man früher (ROHG. 16, 205; RG. 10, 97) einen Kauf mit der Nebenabrede, daß der Verkäufer sich zu der in das Belieben des Käufers gestellten Formgebung verpflichtet; in dem komplizierten Spezifikationskauf (Sortenspezifikation) erblickte man (ROHG. 18, 48; vgl. RG. 29, 18) eine Mehrheit von Käufen, bei der der Käufer entscheiden soll, welcher Kaufvertrag mit bestimmter Ware und bestimmtem Preise gelten soll. Das Reichsgericht (30, 102; 43, 101) faßte schließlich Formen- wie Sortenspezifikation als einen einheitlichen Vertrag auf, unter Hinweis darauf, daß man auch bei einem Kaufvertrag mit alternativer Leistungspflicht an der Einheitlichkeit des Vertrags nicht zweifle; daß die umfänglichere Wirkung der Wahlentscheidung hier ein abweichendes Ergebnis nicht bedinge; auch eine Unterscheidung, je nachdem die Wahl des Käufers nur die Herstellungsart, insbesondere die Formgebung, oder auch die Sorte betreffe, nicht nötig sei; daß vielmehr beide Arten von Bestimmungen Merkmale feststellen, welche die Ware haben solle. Schließlich hat sich diese Rechtsprechung dahin fortgesetzt, daß es sich auch dann nur um Merkmale einer einheitlichen Leistung handle, wenn der Käufer auch noch den Grundstoff auszuwählen hat; denn häufig weiß der Käufer beim Abschluß noch nicht, in welcher Form oder Qualität er die Ware gebrauchen wird (RG. im Recht 05, 475[1889]). Somit ist jeder Spezifikationskauf ein einheitlicher Vertrag, wenn nicht ganz besondere Umstände und die Verkehrsanschauungen der betreffenden Kreise ausnahmsweise zu einer gegenteiligen Auffassung führen (vgl. RG. 37, 26; a. M. Düringer-Hachenburg § 375 II 1b u. Lehmann-Ring § 375 Note 5, wonach der Grundstoff von vornherein bestimmt sein müsse). Ob der Verkäufer die Ware selbst herstellt oder sie anderweitig bezieht oder sie bereits auf Lager hat, ist einerlei.

Auch für den Spezieskauf gilt unser Paragraph. Es ist kein Grund vorhanden, diese Möglichkeit zu verneinen (a. M. Düringer-Hachenburg § 375 II 1c).

Digitized by Google

§ 375. II. Voraussetzung des vorliegenden Paragraphen ist, daß der Käufer mit der Spezifikation im
Anm. 2. **Verzuge ist.** Die Geschäftswelt spricht von „Einteilen". Der Käufer hat einen Anspruch auf Lieferung der Ware. Der Verkäufer kann aber nicht liefern, wenn der Käufer nicht seine Mitwirkung durch Vornahme der Spezifikation leiht. Verzug mit der Spezifikation ist daher Gläubigerverzug (Annahmeverzug), der zum Selbsthilfeverkauf nach § 373 als Erfüllungsersatz führt. Zur Herbeiführung dieses Annahmeverzugs genügt nach § 295 BGB. wörtliches Anbieten, d. h. die Aufforderung des Käufers seitens des erfüllungsbereiten Verkäufers zur Spezifikation (RG. 43, 104; § 373 Anm. 1). Zu diesem Gläubigerverzug gehört, wie überhaupt zum Gläubigerverzug, nicht schuldhaftes Verhalten (§ 373 Anm. 9f.), also trägt der Käufer die Gefahr für rechtzeitige Ankunft seiner Spezifikationserklärung. Der Käufer ist aber nicht nur Gläubiger, sondern auch Schuldner; denn er ist auch verpflichtet zur Spezifikation, wie § 375 ausdrücklich bestimmt. Durch Verzögerung mit Vornahme der Spezifikation gerät der Käufer daher auch in Schuldnerverzug. Dieser Verzug bildet nicht etwa einen Teil des Abnahmeverzugs, da letzterer regelmäßig nur zum Ersatz des durch Nichtabnahme entstandenen Zögerungsschaden und nur ausnahmsweise zur Anwendung des § 326 BGB. berechtigt (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 67ff.; Exk. zu § 374 Anm. 165). Der durch Nichtvornahme der Spezifikation entstehende Schuldnerverzug ist vielmehr immer Leistungsverzug mit allen Folgen des § 326 BGB. Das schreibt § 375 Abs. 2 ausdrücklich vor (RG. 57, 110; a. M. 6./7. Aufl.; vgl. unten Anm. 5, 12 u. 20). Zum Schuldnerverzug gehört schuldhaftes Verhalten. Man kann sich aber nicht dahin ausdrücken, der Spezifikationsverzug sei schuldhafter Annahmeverzug.

Anm. 3. **Es müssen also zunächst die Voraussetzungen des Annahmeverzuges des Gläubigers vorliegen:** d. h. es muß der Verkäufer bereit und imstande sein, die Ware nach erfolgter Spezifikation zu liefern. Im einzelnen vgl. hierüber § 373 Anm. 11ff., wo das Nähere auseinandergesetzt ist, wie der Verkäufer seine Bereitschaft dem Käufer gegenüber darzutun hat — tatsächliches, wörtliches Angebot, unter Umständen auch ohne jegliches Angebot —, und wann der Verkäufer, besonders wenn er die Ware nicht in seinem unmittelbaren Besitz hat, imstande ist, die Ware zu liefern. — Bei den Erfordernissen der Bereitschaft ist hervor zuheben, daß die Spezifikation eine Handlung des Käufers ist, welche die Mitwirkung des Verkäufers erforderlich macht, weshalb insbesondere die §§ 295, 296 BGB. Platz greifen (siehe besonders § 373 Anm. 8ff. u. RG. 43, 104).

Anm. 4. **Es muß aber ferner schuldhaftes Unterlassen der Spezifikation vorliegen.** Die Spezifikation muß unterbleiben auf Grund von Umständen, die der Käufer zu vertreten hat (Exk. zu § 374 Anm. 8ff., 44ff.).

III. Die Rechte des Verkäufers beim Spezifikationsverzuge des Käufers.

Anm. 5. **1. Ob der Verkäufer das Recht hat, auf Vornahme der Spezifikation zu klagen,** ist streitig. Die Frage ist (mit Dresden OLGR. 4, 226 u. Makower § 375 Ie gegen 6./7. Aufl., Breslau OLGR. 11, 410; Dernburg II 1 § 45 I 1a; Düringer-Hachenburg § 375 IV 1a; Goldmann § 375 II 1) zu verneinen. Die frühere Rechtsprechung (RG. 26, 213; 30, 103; vgl. aber RG. 14, 243) ist nicht mehr entscheidend, weil sich das Wesen des Spezifikationskaufs durch Übergang des Wahlrechts auf den Verkäufer wesentlich geändert hat. Die Denkschrift selbst läßt bestimmte Schlüsse nicht zu. Die Entscheidung ist daher allein aus dem Geist des Gesetzes zu entnehmen; hierbei ist aber nicht bestimmend, daß die Vornahme der Spezifikation eine Pflicht des Käufers darstellt und ihre schuldhafte Unterlassung Schuldnerverzug begründet (oben Anm. 2). Ausschlaggebend erscheint vielmehr ein anderer Gesichtspunkt: würde eine Verurteilung zur Vornahme der Spezifikation stattfinden, so müßte die Vollstreckung (gegen 6./7. Aufl. u. Dresden OLGR. 4, 227), da die Bestimmung nicht von einem Dritten vorgenommen werden kann, nicht nach § 887 CPO., sondern in der Weise vor sich gehen, daß der Käufer durch Geldstrafen zur Vornahme der Auswahl zu zwingen wäre (§ 888 CPO.; RG. 14, 248; 26, 213; 29, 19). Es verhält sich die Sache nicht anders als bei Ausübung eines Wahlrechts (RG. 8, 353; 12, 184). Der Schuldner würde also auf Umwegen mit zweifelhaftem

Digitized by Google

§ 375. Erfolg zu etwas gezwungen, was der Gläubiger ohne weiteres selbst tun kann, aber kein anderer Dritter außer ihm. Es würde somit ein gänzlich unnötiger, gegen die beiderseitigen Interessen verstoßender Rechtsbehelf eingeführt, der nach dem Stand des geltenden Gesetzes keinen Zweck mehr hat. Der Übergang des Wahlrechts auf den Verkäufer im Fall der Säumnis des Käufers wollte gerade der unnötigen Häufung von Rechtsbehelfen entgegentreten. Der Verkäufer hat das Recht, selbst zu spezifizieren und alsdann auf Erfüllung zu klagen, oder er kann den Selbsthilfeverkauf nach § 373 vornehmen, oder er kann auf den Mindestpreis klagen, oder er kann mit Hilfe des § 326 zum Rücktritt oder zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung gelangen, sowie im Falle der Unmöglichkeit von § 325 BGB. Gebrauch machen. Die Anwendung des § 325 BGB. läßt sich nicht ablehnen (vgl. RG. 58, 421; a. M. 6./7. Aufl.), denn es ist dies eine notwendige Folge der gesetzlichen Vorschrift, daß der Verzug in der Spezifikationspflicht echter Leistungs- und nicht Abnahmeverzug ist. Daß der Gesetzgeber dazu auch noch eine völlig unnötige Klage auf Vornahme der Spezifikation durch den Käufer gefügt haben sollte, wäre eine Annahme, die mit dem Zweck des § 375 nicht in Einklang gebracht werden könnte (vgl. auch RG. 29, 19).

Selbstverständlich bleibt dem Verkäufer das Recht auf Schadensersatz wegen verspäteter Spezifikation. Das ist eine notwendige Verzugsfolge (§ 286 BGB.). Mit dem Verzug in Vornahme der Spezifikation beginnt auch der Verzug mit Zahlung des Kaufpreises, so daß der Käufer von da an die Kaufpreisschuld, die allerdings erst in ihren Betrag durch die spätere Spezifikation bestimmt wird, zu verzinsen hat (RG. 29, 18).

Anm. 6. 2. **Der Verkäufer hat das Recht, die Spezifikation selbst vorzunehmen.** Dieses Recht gibt ihm Abs. 2 unseres Paragraphen. Die von ihm vorgenommene Spezifikation wird aber erst dann maßgebend, wenn der Verkäufer dem Käufer die von ihm vorgenommene Spezifikation mitgeteilt und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweiten Spezifikation gesetzt hat.

Anm. 7. a) Näheres über diese Fristsetzung siehe Exk. zu § 374 Anm. 78 ff., wo im einzelnen auseinandergesetzt ist, in welcher Form die Frist zu setzen ist — auch im Prozesse? —, an wen und durch wen sie zu erfolgen hat, was unter angemessener Frist zu verstehen ist, welche Rechtsfolgen es hat, wenn die Frist zu kurz gestellt ist, ob sie auch vor Eintritt des Verzuges gesetzt werden kann, wann sie nach Eintritt des Verzuges erfolgen kann usw. Auch im Urteil kann nach § 255 CPO. die Frist gesetzt werden (a. M. 6./7. Aufl.); denn der Verkäufer hat einen Anspruch auf Spezifikation im Sinne des § 255 Abs. 1 CPO., d. i. das Gegenstück zu der Spezifikationspflicht des Schuldners (vgl. auch den gleichliegenden Fall in Abs. 2 des § 255 CPO., worauf Gaupp-Stein CPO. § 255 II d mit Recht hinweist). Für den Inhalt der Mitteilung ist zu beachten, daß mit der Mitteilung des Verkäufers, er werde nach Ablauf der Frist die Spezifikation selbst vornehmen, noch nichts gesagt ist (JW. 03, 185[45]). Die Mitteilung muß etwa lauten: ich stelle Ihnen eine Frist bis zum 20. d. Mts., um die Einteilung der Farbe vorzunehmen, andernfalls werde ich mir gestatten, die Stücke in der von Ihnen aufgegebenen Qualität in schwarzer Farbe anzufertigen und Ihnen zugehen zu lassen (Breslau OLGR. 3, 183). Mit anderen Worten: der Käufer muß ersehen können, wie der Verkäufer spezifizieren wird. Hat der Käufer nur teilweise spezifiziert, so kann nur für das Nichtspezifizierte die Frist gesetzt und das Wahlrecht ausgeübt werden. Der Verkäufer ist an seine Wahlanzeige gebunden (unten Anm. 19).

Anm. 8. b) Die Frist braucht nicht gesetzt werden, wenn der Käufer sich vorher bestimmt geweigert hat, zu spezifizieren (Exk. zu § 374 Anm. 84; a. M. OLG. Stuttgart im Recht 05, 317). Sonst ist Fristsetzung unerläßlich. Ein bloßes Abwarten während angemessener Frist ist ungenügend (Exk. zu § 374 Anm. 83) und endlich läuft auch hier die Nachfrist nicht von selbst, wenn der Verkäufer sich weigert, eine solche zu setzen (Exk. zu § 374 Anm. 82). Die Ausnahme des § 326 Abs. 2 BGB., daß die Fristbestimmung als entbehrlich fortfällt, wenn der Verkäufer an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat, kann hier natürlich nicht Platz greifen. Denn die Ausübung des hier fraglichen Rechts der eigenen

Digitized by Google

§ 375. Spezifikationsvornahme setzt voraus, daß der Verkäufer an der Erfüllung des Vertrages ein Interesse noch hat.

Anm. 9. c) Über die Zeit, wann das Recht der Spezifikationsvornahme ausgeübt werden kann, ob vor dem Eintritt des Verzuges und wann nach dem Eintritt, gilt Entsprechendes wie in Erk. zu § 374 Anm. 98.

Anm. 10. d) Das Recht ist endgültig ausgeübt, wenn die mit der Mitteilung der Spezifikation und der Aufforderung zur anderweiten Spezifikation gesetzte Frist fruchtlos abläuft. Bis dahin kann der Käufer die Spezifikation noch vornehmen, aber nicht nachträglich. Wenn das Reichsgericht früher angenommen hat (RG. 37, 30), daß der Käufer noch spezifizieren könne, solange noch res integra sei, d. h. solange der Verkäufer die Erfüllung nicht in Gemäßheit seiner Spezifikation vorzubereiten begonnen hat, so kann das für das neue Recht nicht mehr gelten. Denn die Bestimmung des § 375 Abs. 2 Satz 3 sagt das Gegenteil, obgleich jenes Reichsgerichtsurteil und seine Ergebnisse bei der Fassung dieser Vorschrift in Erwägung gezogen worden sind. Eine Heilung des Verzugs durch nachträgliche Spezifikation des Käufers ist also nicht mehr zulässig: die Bestimmung des Verkäufers wird vielmehr nach Ablauf der Frist allein maßgebend. Es wäre denn, daß eine Zurückweisung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Fruchtlos abgelaufen ist die Frist nicht nur, wenn sich der Käufer schweigend verhält, sondern auch dann, wenn er ohne zu spezifizieren, widerspricht (RG. in ElsLothrZ. 29, 193). Der Käufer braucht natürlich nicht zu spezifizieren, wenn die durch seine Spezifikation zu bestimmende Leistung sich als unmöglich erweist (JW. 04, 169[11]). Ist eine Zeit für die Spezifikation und Lieferzeit, wie häufig bei Sukzessivlieferungsgeschäften, nicht bestimmt, z. B. bei der Vereinbarung, daß für jede einzelne Spezifikation ein Übereinkommen hinsichtlich der Lieferzeit vorbehalten werde, so hat zunächst der Verkäufer die von ihm in Anspruch genommene Lieferfrist in verbindlicher Weise anzugeben. Einigen sich die Parteien nun nicht, so ist die angemessene Frist zu ermitteln (OLG. Hamburg HansGZ. 02, Nr. 2 und SeuffA. 59, 134). Auch muß der Verkäufer sein Interesse an frühzeitiger Spezifikation dem Käufer kundgeben (RG. in ElsLothZ. 05, 97). Daß der Abruf zu spezifizierender Waren beim Sukzessivlieferungsvertrag immer in gleichen Raten und Zeiträumen stattzufinden hätte, läßt sich allerdings nicht allgemein behaupten (doch kann dies im Zweifel wohl angenommen werden; vgl. Erk. zu § 359 Anm. 3f.). Es kommt vielmehr auf die nach Treu und Glauben zu beurteilenden Umstände jedes einzelnen Falles an (RG. 30, 103; 37, 26; RG. in ElsLothZ. 05, 97).

Anm. 11. e) Die Folge der Ausübung des Rechts ist, daß die vom Verkäufer vorgenommene Spezifikation maßgebend ist, wenn sie vertragsmäßig war (vgl. unten Anm. 19). Sie ist maßgebend für beide Teile. Der Kauf hat sich in einen gewöhnlichen Kauf verwandelt, inhaltlich dessen der Verkäufer die von ihm spezifizierten Waren zu liefern und dafür den Preis zu beanspruchen hat (RG. in ElsLothZ. 29, 193). Der Käufer muß diese Ware abnehmen und bezahlen, der Verkäufer muß diese Ware liefern. Tut der Käufer ersteres nicht, so kommt er in Annahme- und Zahlungsverzug und daraus ergeben sich die im Erk. zu § 374 ausführlich erörterten Folgen des Zahlungs- und Annahmeverzuges. Tut der Verkäufer das letztere nicht, so kommt er in Lieferungsverzug und muß die im Erk. zu § 374 behandelten Folgen des Lieferungsverzuges über sich ergehen lassen. Die Parteien können sich natürlich auch noch nach Ablauf der Frist einigen, daß einer verspäteten Spezifikation Folge zu geben ist. Alsdann entstehen im Verzugsfall die Rechte aus § 375 von neuem (unten Anm. 19).

Anm. 12. 3. **Der Verkäufer kann drittens gemäß § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten.** Die D. 218 geht davon aus, daß er diese Rechte schon auf Grund des § 326 BGB. habe, und daß unser Paragraph sie ihm nicht nehme. Dem ist allerdings nicht so. Unser Paragraph beläßt dem Verkäufer nicht die Rechte aus § 326 BGB., sondern er gibt sie ihm erst. Für die Anwendung des Paragraphen ist es zwar gleichgültig, ob er dem Verkäufer diese Rechte erst gibt oder sie ihm läßt. Trotz-

Digitized by Google

dem ist dieser Unterschied von Bedeutung, weil damit ausgesprochen ist, daß Spezifikations- § 375
verzug nicht schuldhafter Annahmeverzug ist. Die Spezifikationspflicht fällt auch nicht mit der Abnahmepflicht zusammen, ist auch kein Teil derselben (oben Anm. 2), sondern bereitet die Abnahme nur vor, welch' letztere nur die körperliche Hinwegnahme bedeutet (RG. 56, 178). Sie steht auch nicht auf einer Stufe mit dem Abruf (RG. 57, 109; vgl. JW. 04, 56[12]); jedoch ist große Neigung vorhanden, die Unterlassung des Abrufs der Unterlassung der Spezifikation gleich zu behandeln (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 71). Spezifikationsverzug ist Leistungsverzug (RG. 57, 110; 58, 419). Diesem Grundsatz widersprechen die auf dem früheren Recht fußenden Entscheidungen (RG. 10, 99; 43, 103) nicht. Hat also der Käufer bis zum Ablauf der Frist nicht für die ganze Leistung des Verkäufers spezifiziert, so kann der Verkäufer, wenn die teilweise Leistung für ihn kein Interesse hat, gemäß § 326 Abs. 1 Satz 3, § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB. vom ganzen Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich des ganzen Vertrags verlangen.

Beim Sukzessivlieferungsvertrag kann der Verkäufer wegen jeder einzelnen Rate Anm. 13.
sein Recht aus § 326 BGB. ausüben, also hinsichtlich jeder einzelnen Rate ein anderes Recht wählen (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 137). Der Verkäufer kann, wenn der Käufer eine oder mehrere Raten bereits spezifiziert, abgenommen und bezahlt hat und nun erst in Verzug mit der Spezifizierung anderer Raten gerät, nach gehöriger Fristsetzung sein Wahlrecht nur hinsichtlich der noch nicht spezifizierten Raten geltend machen. Ist der Käufer gleich mit der ersten Rate in Spezifikationsverzug geraten, so kann der Verkäufer sein Wahlrecht hinsichtlich aller Raten ausüben (RG. 58, 419). Er braucht nicht darzutun, daß er an der Erfüllung kein Interesse habe. Es gelten hier dieselben Grundsätze wie beim Leistungsverzug bei Sukzessivlieferungsverträgen überhaupt (hierüber Exk. zu § 374 Anm. 136). Das Wahlrecht aus § 326 BGB. erstreckt sich auf die bereits spezifizierten Raten, wenn der Käufer mit weiteren Spezifikationen in Verzug gerät, nur dann, wenn die teilweise Spezifikation für ihn kein Interesse hat (§ 326 Abs. 1 Satz 3 BGB.). In Nichtvornahme der Spezifikation kann auch eine positive Vertragsverletzung enthalten sein. Hierüber gelten dann besondere Regeln (Exk. zu § 374 Anm. 172 ff.).

Der Verkäufer hat also das Recht, dem in Spezifikationsverzug geratenen Käufer eine Anm. 14.
angemessene Frist mit der Androhung zu bestimmen, daß er die nach Fristablauf erfolgende Spezifikation zurückweisen werde. Er darf daher nicht androhen, daß er nach Ablauf der Frist selbst in bestimmter Weise spezifizieren werde. Denn dies wäre ja die Erfüllung, die er gerade ablehnen will (vgl. oben Anm. 7). Über die Ausübung dieses Rechts, über die Form der Fristbestimmung, über den Begriff der Angemessenheit, an wen und durch wen sie zu erfolgen hat, ob sie auch vor dem Eintritt des Verzuges gestellt werden kann, über die Ausnahme, wenn die nachträgliche Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat (vgl. JW. 05, 492[15]; das fehlende Interesse kann nicht so allgemein dahin begründet werden, daß der Verkäufer mit Rücksicht auf die Bestellung Rohstoffe angeschafft und Webstühle zur Verarbeitung freigehalten habe); ob weitere Ausnahmen anzunehmen sind, z. B. wenn der Käufer sich vorher bestimmt geweigert hat, zu spezifizieren, über die Möglichkeit der Heilung des Verzuges, über die Folgen der Ausübung des Wahlrechts s. Exk. zu § 374 Anm. 78 ff.; desgleichen über die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und über die Form des Rücktritts (Exk. zu § 374 Anm. 24 ff. u. 35), über die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung aber auch noch unten Anm. 23.

4. **Der Verkäufer hat noch ein weiteres Recht, nämlich das Recht auf Zahlung des Mindest-** Anm. 15.
preises zu klagen. Das RG. (14, 245; 30, 103) hatte dies in dem Falle angenommen, daß der Käufer zur Vornahme der Spezifikation verpflichtet ist, indem es erwog, daß der Verkäufer im Falle des Spezifikationsverkaufs jedenfalls eine feste Forderung auf den Mindestpreis habe, den der Verkäufer geltend machen könne, wenn der Käufer mit der Spezifikation in Verzug gerät, weil der Käufer mit der Annahme in Verzug gerate, in diesem Falle aber das wörtliche Anerbieten genüge, um den Kaufpreis fällig zu machen (vgl. RG. 43, 104).

Digitized by Google

§ 375. Alle diese Erwägungen treffen auch für das neue Recht zu: Die Weigerung der Spezifikation ist eine Art des Annahmeverzuges (vgl. oben Anm. 2 u. 3 und unten Anm. 16), der Verkäufer braucht, wenn der Käufer die Spezifikation ablehnt, auch nach den Vorschriften des BGB. nur noch wörtlich anzubieten (§ 295 BGB., vgl. RG. 43, 104, welches Erkenntnis bereits unsern Paragraphen berücksichtigt). Der Einwand aus § 297 BGB., er sei nicht imstande, zu liefern, kann ihm nicht entgegengehalten werden, weil ja das Leistungshindernis gerade auf der Mitwirkung des Käufers beruht. Ohne Spezifikation kann der Verkäufer die Ware nicht herstellen und liefern (§ 373 Anm. 11). Aber wenigstens die Rohstoffe muß er besitzen; insoweit muß Erfüllungsvermögen und Bereitschaft vorliegen. Wenn aber der Käufer als Gläubiger der Ware mit der Annahme in Verzug gerät, so begründet dies die Fälligkeit der Kaufpreisforderung (Exk. zu § 374 Anm. 8). Allerdings kann, wenn die Zahlung nur gegen Lieferung der Ware zu leisten ist, trotz dieses Annahmeverzuges nicht wie früher — vgl. RG. 30, 104 — einfach auf Zahlung geklagt werden, sondern nur auf Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Ware. Doch ist dies, wie im Exk. zu § 374 Anm. 8 auseinandergesetzt, eine bloße Form, da die Zwangsvollstreckung trotz dieser Tenorierung ohne Anbieten der Ware erfolgen kann, wenn der Käufer, und sei es auch vor dem Urteil, in Verzug geraten ist. Die Form aber wird dadurch erfüllt, daß der Käufer zur Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung von Waren verurteilt wird, die der Beklagte durch Vertrag vom 15. Dezember 1900 vom Verkäufer mit der vorbehaltenen Bestimmung der Maße und Formen gekauft hat, und welche jenen Vertragspreis erreichen. Gegen den Anspruch auf den billigsten Spezifikationspreis könnte man einwenden, daß der Grundpreis überhaupt nicht den Charakter des Kaufpreises besitze, weil ihm die Bestimmtheit abgehe, daß der Grundpreis vielmehr nur die Grundlage für eine künftige Preisbestimmung bilde. Dagegen ist zu erinnern, daß der Käufer jedenfalls in der billigsten Weise spezifizieren muß, aber die Wahl hat, ob er gegen Zahlung eines Aufschlags (Überpreises) die Ware nach einer gewissen Qualitätsskala verlangen will. Verlangt der Verkäufer die Grundpreise, so läßt er dem Käufer ja immer noch sein ungeschmälertes Wahlrecht, ob er auf Qualität spezifizieren will. Gerade deshalb hat dies auf die Mindestpreise gerichtete Verlangen geringen Wert, weil der Verkäufer auf nachträgliches Verlangen des spezifizierenden Käufers die Herstellung doch noch dementsprechend ausführen muß (D. 217).

Anm. 16. 5. **Der Verkäufer hat aber endlich noch ein weiteres Recht im Falle des Spezifikationsverzuges: er kann den Selbsthilfeverkauf nach § 373 HGB. vornehmen.** Der Käufer gerät, wenn er die Spezifikation verzögert, nicht nur in Schuldnerverzug, sondern auch, da er außerdem Gläubiger hinsichtlich der Ware ist, in Annahmeverzug (vgl. RG. 30, 108; 43, 104; oben Anm. 2). Der Verkäufer kann daher gegen ihn die Rechte geltend machen, welche ihm im Falle des Annahmeverzuges des Käufers zustehen; d. h. er kann im vorliegenden Falle die Ware in den Formen des § 373 verkaufen lassen mit der Spezifikationsbefugnis für den, der bei diesem Selbsthilfeverkauf Käufer ist. Das ist früher angenommen worden (RG. 37, 28; 43, 104; vgl. JW. 03, 185[43]), und es liegt kein Anlaß vor, dies nicht auch jetzt anzunehmen (vgl. D. 218). Der Verkäufer muß also in die Versteigerungsbedingungen aufnehmen, daß Lieferung und Abnahme innerhalb einer bestimmten, den Marktverhältnissen entsprechenden Zeit zu geschehen und dementsprechend die Spezifikation seitens des Steigerers so rechtzeitig zu erfolgen habe, daß gehörig geliefert werden kann. Auch wenn der Käufer erst noch den Grundstoff zu bestimmen hat, wird man den Selbsthilfeverkauf zuzulassen haben (vgl. oben Anm. 1).

Über die näheren Voraussetzungen und über die Ausübung des Selbsthilfeverkaufs siehe zu § 373.

Anm. 17. Eine Hinterlegung nach § 373 Abs. 1 ist regelmäßig nicht möglich, weil eine Hinterlegung „der Ware" deren Spezialisierung voraussetzt. Diese Spezialisierung würde aber die Herstellung der Ware oder doch die Ausscheidung aus der Gattung und deren Angebot als eine Ausgeschiedene voraussetzen. Dazu wäre aber die Vornahme der Spezifikation

Digitized by Google

erforderlich, die der Käufer gerade nicht vornimmt (ROHG. 22, 8; RG. 29, 18; 35, 3). § 375.
Man wird aber wenigstens mit Makower (§ 375 V c) eine Hinterlegung der Rohstoffe zulassen müssen, denen wegen des Verzugs des Käufers die Form nicht gegeben werden kann. Selbstverständlich kann der Verkäufer Ersatz der Kosten verlangen, die ihm durch Aufbewahrung der Rohstoffe infolge des Verzugs des Käufers erwachsen sind (§ 304 BGB.).

IV. Das Verhältnis der verschiedenen Rechte zueinander. Anm. 18.

1. Gestattet man die Klage auf Spezifikation, so kann der Verkäufer davon jederzeit wieder abgehen, selbst nach rechtskräftiger Verurteilung. Die Geltendmachung des Hauptrechts auf Erfüllung beschränkt den Gläubiger nicht in Ausübung der übrigen, durch den Schuldnerverzug erlangten Rechte. Nach rechtskräftiger Verurteilung hat der Verkäufer dann auch die Rechte aus §§ 325 Abs. 2, 283 BGB. Es wird jedoch oben Anm. 5 die Ansicht vertreten, daß auf Vornahme der Spezifikation nicht geklagt werden kann.

2. Hat der Verkäufer von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch gemacht und Anm. 19.
selbst spezifiziert (oben Anm. 6), so kann er nun nicht mehr wegen Verzuges in der Spezifikation andere Rechte geltend machen. Das liegt in den Worten unseres Abs. 2: die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung ist maßgebend. Die Spezifikation ist also vorgenommen, gleich als wenn der Schuldner sie vorgenommen hätte (RG. ElsLothZ. 29, 123). Der Schuldner ist daher nicht mehr verpflichtet, zu spezifizieren und kann in dieser Hinsicht nicht mehr in Verzug geraten. Der Verkäufer kann somit dem Käufer nicht mehr eine neue Spezifikation zusenden und ihm ankündigen, daß er nach Ablauf einer Frist nach dieser neuen Spezifikation liefern werde (Breslau OLG. 3, 183). Aber auch schon dadurch, daß der Verkäufer die von ihm selbst vorgenommene Spezifikation mitteilt, übt er sein Wahlrecht, wenigstens fürsorglich, endgültig aus (so wohl auch D. 218). Er kann daher nicht mehr während des Laufs der Frist die Fristbestimmung zurückziehen und erklären, daß er auf Grund des bereits eingetretenen Spezifikationsverzuges den Selbsthilfeverkauf vornehmen werde. Auf die ihm gestellte Frist hat der Käufer vielmehr ein Recht, und wenn der Verkäufer die ihm innerhalb der gestellten Frist angebotene Spezifikation zurückweisen würde, würde er in Lieferungsverzug geraten. Anders wenn die Parteien nachträglich vereinbaren, daß eine noch zu treffende Spezifikation des Käufers noch ausgeführt werden soll. Kommt der Käufer nun wieder in Verzug, so steht dem Verkäufer von neuem das Selbstbestimmungsrecht zu (RG. Recht 03, 296 [1613]). Ist der Spezifikationskauf durch die Selbstbestimmung des Verkäufers zu einem einfachen Kauf geworden, so kann der Verkäufer, wenn der Käufer nun in Verzug gerät, alle im Exk. zu § 374 erörterten Rechte ausüben, auch den Selbsthilfeverkauf im Falle des Annahmeverzugs nach § 373 vornehmen.

3. Macht der Verkäufer von seinem Recht aus § 326 BGB. Gebrauch, d. h. setzt Anm. 20.
er dem Käufer eine Frist zur Spezifikation mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Spezifikation zurückweisen würde, so ist er auch an diese Wahl gebunden. Er kann, nachdem er diese Erklärung abgegeben hat, nicht mehr erklären, daß er sich anders besonnen und vorgezogen habe, die Spezifikation selbst vorzunehmen. Vielmehr hat er auf dieses Recht durch jene Erklärung verzichtet (D. 218). Auch das Recht, die Ware mit Spezifikationsbefugnis im Wege der Selbsthilfe zu verkaufen, hat der Verkäufer während des Laufs der von ihm gestellten Frist nicht. Auf den Lauf der gestellten Frist hat vielmehr der Käufer ein Recht und der Verkäufer würde in Lieferungsverzug geraten, sollte er die ihm vom Käufer vor Ablauf der Frist angebotene Spezifikation zurückweisen (vgl. § 373 Anm. 51 u. oben Anm. 12).

Ist die Frist verstrichen, so hat der Verkäufer nunmehr das Recht der engeren Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt, wenn er nicht etwa diese engere Wahl schon bei der Fristbestimmung selbst getroffen hat (Exk. zu § 374 Anm. 93 u. 99).

4. Hat der Verkäufer von dem Rechte auf Zahlung des Mindestpreises Gebrauch Anm. 21.
gemacht, so stehen ihm die Rechte auf Selbstbestimmung und aus § 326 BGB. gleichwohl noch zu.

Digitized by Google

§ 375. 5. Hat der Verkäufer von dem Selbsthilfeverkaufsrechte nach § 373 Gebrauch
Anm. 22. gemacht, so kann er natürlich die übrigen nicht mehr geltend machen. Vielmehr kann er nur noch das Recht auf Zahlung des Mindererlöses und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder Nichterfüllung geltend machen (vgl. § 373 Anm. 26 f.; 51).

Anm. 23. **Zusatz. Auf ganz anderem Gebiete liegt der Fall, daß der Käufer im Zahlungsverzuge ist.** Liegt gleichzeitig Spezifikationsverzug vor, so kann der Verkäufer alle Rechte geltend machen, die ihm nach dem oben Gesagten zustehen. Wenn aber nur Zahlungsverzug vorliegt, die Ware aber noch nicht spezifiziert ist, so z. B. wenn der Kaufpreis im voraus zu zahlen ist, so kann der Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB. schon wegen des Zahlungsverzuges geltend machen.

Das Nähere hierüber ist für diesen Fall im Exk. zu § 374 auseinandergesetzt. Nur wegen des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist hier eine Bemerkung zu machen. Der Verkäufer darf seiner Schadensberechnung einen öffentlichen Verkauf nach § 373 zugrunde legen; aber er kann auch den Schadensersatz anders berechnen. Er kann z. B. darlegen, welchen Preis er an einem anderweiten privaten Verkauf der billigsten Sorte der zu spezifizierenden Ware erzielt hat, und kann den Unterschied zwischen diesem Preise und dem Vertragspreise als konkreten Schadensersatz fordern. Die Vornahme einer selbständigen Spezifikation liegt darin nicht; er verlangt ja nicht Abnahme der solchergestalt spezifizierten Ware vom Käufer; er hat auch nicht für den Käufer spezifiziert; er hat nur, da der Käufer sie nicht bezahlt hat, und er infolgedessen seine eigene Leistung an diesen nicht mehr zu bewirken braucht, seiner Befugnis gemäß die Ware anderweit ordnungsmäßig verwertet und weist nach, daß er dabei Schaden gehabt hat. Er kann aber endlich seinen Schadensersatz auch in entsprechender Weise abstrakt berechnen, d. h. durch die Darlegung, daß, wenn der Käufer den Vertrag erfüllt hätte, er mindestens so und soviel verdient hätte.

§ 376.

§ 376. Ist bedungen, daß die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Theil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Vertrage zurücktreten oder, falls der Schuldner im Verzug ist, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Erfüllung kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe.

Wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und hat die Waare einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden.

Das Ergebnis eines anderweit vorgenommenen Verkaufs oder Kaufes kann, falls die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Ersatzanspruche nur zu Grunde gelegt werden, wenn der Verkauf oder Kauf sofort nach dem Ablaufe der bedungenen Leistungszeit oder Leistungsfrist bewirkt ist. Der Verkauf oder Kauf muß, wenn er nicht in öffentlicher Versteigerung geschieht, durch einen zu solchen Verkäufen oder Käufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise erfolgen.

Digitized by Google

Auf den Verkauf mittelst öffentlicher Versteigerung findet die Vorschrift des § 373 Abs. 4 Anwendung. Von dem Verkauf oder Kaufe hat der Gläubiger den Schuldner unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. § 376.

Der vorliegende Paragraph bestimmt die Besonderheiten für die sogenannten Fixgeschäfte, richtiger Fixhandelskäufe.

I. Allgemeines über die Fixgeschäfte. Anm. 1.

1. Begriff und Wesen der Fixgeschäfte oder vielmehr Fixhandelskäufe.

Der Fixhandelskauf ist eine Abart des bürgerlichen Fixgeschäfts, bei dem § 361 BGB. die Nachfrist des § 326 BGB. für den Erfüllungsverzug mit der Auslegung beseitigt, daß im Zweifel Rücktritt gewollt ist. Diesen Zweifel löst der Schuldner durch § 355 BGB. Das kaufmännische Fixgeschäft dagegen hält daran fest, daß Erfüllung ausgeschlossen ist, wenn nicht sofort nach Ablauf des Stichtages das Gegenteil erklärt wird. Beide Rechte stimmen darin überein, daß es sich im Falle des Rücktritts gleich bleibt, ob die Nichterfüllung vom Schuldner verschuldet ist oder nicht, sowie darin, daß, wenn vor dem Stichtag ein Teil in Konkurs gerät, Erfüllung ausgeschlossen ist und Schadensersatz wegen Nichterfüllung besonders berechnet wird (§ 18 KO.). Der Fixhandelskauf (von jeher einfach als Fixgeschäft bezeichnet) liegt dann vor, wenn ein Handelskauf geschlossen ist (über diesen s. Exk. vor § 373 Anm. 3ff.) und bei diesem Kaufgeschäfte die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll (über die sog. Fixgeschäfte des täglichen Lebens s. Exk. zu § 359 Anm. 39).

a) Die Leistung des einen Teils muß fix versprochen sein. Ein Fixhandelskauf liegt also sowohl dann vor, wenn die Lieferung, als auch dann, wenn die Zahlung fix versprochen ist. Darin liegt eine Abweichung vom früheren HGB., nach dessen Art. 357 nur in ersterem Falle, wenn die Lieferung fest versprochen war, ein Fixhandelskauf vorlag. Meist kommen übrigens die fixen Handelskäufe in der Form vor, daß die beiden Leistungen fix vereinbart sind und beide an demselben Stichtage Zug um Zug zu bewirken sind. Genau genommen hatte schon Art. 357 den Fall, daß der Käufer Zug um Zug gegen die fix zu liefernde Ware den Kaufpreis fix zu zahlen hat, mit geregelt (vgl. 5. Aufl. § 8 zu Art. 357). Anm. 2.

b) Die Leistung muß fix vereinbart sein. Das bedeutet einmal, daß sie zeitlich genau bestimmt sein muß. Es muß ein Zeitgeschäft sein. Soll die Lieferung sofort beim oder gleich nach dem Vertrage erfolgen, so liegt kein Fixkauf vor (ROHG. 20, 236). Ferner muß die Leistung zu einer bestimmten Zeit geschuldet werden, das Gesetz sagt sogar: zu einer genau bestimmten Zeit. Solange die Fristbestimmung noch einen nach den Umständen zu bemessenden Spielraum übrig läßt, kann von einem Fixgeschäfte keine Rede sein; bei diesem muß vielmehr der Endpunkt ein von vornherein ganz genau bestimmter, jedes weitere Ermessen ausschließender sein (Beispiele unten Anm. 6). Es darf also nicht erst aus der Eigenschaft der Ware und deren täglichen Preisschwankungen eine Vermutung für die Natur des Geschäfts als eines Fixgeschäfts hergeleitet werden. Doch ist damit nicht gesagt, daß nicht die Eigenschaft der Ware (Saisonware) zur Auslegung des Parteiwillens herangezogen werden könnte (vgl. unten Anm. 6). Leistung auf Kündigung kann als Fixgeschäft vereinbart sein; alsdann bestimmt die erste Kündigung den Stichtag (ROHG. 7, 145). Anm. 3.

Aber damit ist der Fixcharakter noch keineswegs erschöpft. Nicht jedes Geschäft mit bestimmter oder, wie das Gesetz sagt, mit genau bestimmter Lieferungszeit oder Zahlungszeit ist ein Fixkauf. Vielmehr muß hinzukommen, daß nach der ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Abrede die Erfüllungszeit ein derart wesentlicher Bestandteil des Geschäfts sein soll, daß mit ihrer Innehaltung und Verabsäumung das Geschäft stehen und fallen, eine nachträgliche Erfüllung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden soll; aus den gebrauchten Worten (fix, genau, präzise) oder der Beifügung der kassatorischen Klausel (Verwirkungsklausel) oder aus den Umständen muß hervorgehen, daß beide Parteien dies als Anm. 4.

Digitized by Google

§ 376. Teil des Vertragsinhalts gewollt, die Zeitbestimmung in diesem prägnanten Sinne aufgefaßt haben (ROHG. 2, 93; 3, 275; 11, 432; 13, 168; 16, 292; RG. 1, 241; 36, 84; 51, 348). Also wird ein Kaufgeschäft nicht dadurch zum Fixgeschäft, daß der Verkäufer sofortige Abnahme verlangt und der Käufer nun sofortige Lieferung begehrt (RG. Holdheim 14, 167), während umgekehrt ein Fixgeschäft seinen Charakter nicht dadurch verliert, daß der Käufer auch das Recht hat, täglich abzunehmen (RG. 47, 112). Daß schon die Aufnahme der Streikklausel gegen die Annahme eines Fixgeschäfts spreche, kann dem OLG. Braunschweig (BraunschwZ. 05, 80 u. 93) nicht zugegeben werden. Wohl aber spricht gegen ein Fixgeschäft, wenn nach dem vertragsmäßigen Termin die Lieferung ohne Bemerkung fortgesetzt worden ist (ROHG. 5, 172 u. 437; 6, 18 u. 378).

Anm. 5. 2. **In welcher Weise wird der Fixcharakter vereinbart? Auch durch schlüssige Handlungen?** Die Vereinbarung des Fixcharakters kann nach dem in Anm. 4 Gesagten ausdrücklich oder stillschweigend geschehen (ROHG. 16, 291). Auch Handelsgebräuche kommen in Betracht (JW. 02 Beil. 234[108]).

Anm. 6. 3. **Beispiele.** Durch welche Worte beispielsweise die ausdrückliche Vereinbarung gewöhnlich erfolgt, ist ebenfalls in Anm. 4 gesagt. Über geeignete Umstände, die auf einen solchen Vertragswillen hindeuten, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Das ROHG. 9, 409 hat hervorgehoben, daß der Umstand allein, daß die Ware Preisschwankungen ausgesetzt ist, nicht ausreicht, und das RG. (36, 85; JW. 93, 546[34]) hat sich dem angeschlossen, und an einer anderen Stelle (ROHG. 7, 260) wird gesagt, daß auch das Hinzutreten des Umstandes, daß die Ware zur Anfertigung von Modeartikeln bestimmt ist, nicht genügt, wie es überhaupt (ROHG. 13, 169) zum Vorhandensein eines Fixgeschäfts nicht ausreicht, daß ein Teil oder beide Teile an der rechtzeitigen Erfüllung ein erhebliches Interesse haben. So z. B. genügt nicht der Umstand, daß die Lieferung für den regelmäßigen Bedarf eines Kohlenhändlers (ROHG. 11, 237) oder zur Speisung eines Hochofens (ROHG. 13, 435) bestimmt ist. Andererseits ist in ROHG. 8, 236 u. 16, 292 erkannt, daß, wenn die Ware erfahrungsmäßig erheblichen Preisschwankungen unterliegt, insbesondere einen Gegenstand der Börsenspekulation bildet und das Geschäft erkennbar mit Rücksicht auf den durch die Preisschwankungen zu erzielenden Gewinn und im Börsenhandel abgeschlossen, ist, ein Fixgeschäft vorliegt; ebenso (ROHG. bei Puchelt Anm. 4g), wenn ein solches Geschäft nicht an der Börse, aber zwischen zwei Kaufleuten unter Angabe eines bestimmten Stichtages geschlossen ist, oder wenn bei Börsengeschäften nur an im voraus genau bestimmten Tagen Lieferung und Zahlung erfolgt (JW. 06, 36[46]). Aus dieser Rechtsprechung ist als allgemeiner Rechtsgrundsatz zu entnehmen, daß der Schluß aus Umständen auf die stillschweigende Vereinbarung des Fixcharakters, der ja eine sehr erhebliche Besonderheit darstellt, nur ausnahmsweise gestattet sein wird, jedenfalls nur dann, wenn die Umstände unzweifelhaft und zwingend dafür sprechen (ROHG. 6, 19; RG. 36, 85). Die tatsächliche Feststellung im Einzelfall ist mit der Revision nicht anfechtbar, es sei denn, daß ein Rechtsirrtum über das Wesen und die Erfordernisse eines Fixgeschäfts untergelaufen ist (ROHG. 6, 398; JW. 02 Beil. 234[108]). Eine bestimmte Erfüllungszeit ohne weiteren Zusatz ist in der Regel keine fixe Zeitbestimmung (ROHG. 5, 172); keine fixe Zeitbestimmung liegt ferner vor, wenn „sofort" zu erfüllen ist, denn hier fehlt eben das Erfordernis des Gesetzes: genau zu einer festbestimmten Zeit (ROHG. 20, 236); aus demselben Grunde bei der Bestimmung: binnen kürzester Frist (ROHG. 3, 288); oder „umgehend" oder „schleunigst" oder „so schnell als möglich"; oder „promptmöglichst" (OG. Wien Adler-Clemens Nr. 1268 u. 1605, wenn nicht etwa „prompt" in Verbindung mit einer gesetzten Frist gebraucht ist); oder „sogleich" (OG. Wien Adler-Clemens Nr. 546); desgleichen: im Monat März (ROHG. 7, 369); per 4 Wochen (OG. Wien Adler-Clemens Nr. 1466); desgleichen sukzessive von Woche zu Woche (ROHG. 3, 273); täglich (ROHG. 13, 435); in nächster Woche (ROHG. 9, 83); bei erster offener Schiffahrt (ROHG. 11, 432); bis ultimo Juni oder spätestens bis Ende Juni (ROHG. 6, 22; 227; 261); April, Mai, Juni zu liefern (ROHG. 7, 260); Lieferungstermin November (Bolze 11 Nr. 408); innerhalb 3 Tagen zu empfangen (Hamburg HansGZ. 69

Digitized by Google

Hptbl. Nr. 322); Spezifikation nach Gebrauch, jedoch in regelmäßigen Zwischenräumen (ROHG. 13, 303). Denn dies alles ist regelmäßig nur Einteilung der Lieferung. In einem Falle war bedungen, es müsse binnen 5, höchstens 6 Wochen geliefert werden, da der Käufer später keine Verwendung dafür habe, es lag dennoch kein Fixgeschäft vor, weil die Zeitbestimmung nicht genau fixiert war; vielmehr lag ein gewöhnlicher Kauf vor, bei dem nur die Gewährung einer Nachfrist nicht erforderlich war (ROHG. 5, 437); in einem anderen Falle war ausgemacht, daß innerhalb der Saison, die notorisch Ende April zu Ende war, zu liefern ist; es lag aus gleichem Grunde dennoch kein Fixgeschäft, sondern ein gewöhnlicher Kauf ohne Nachfristgewährung vor (Bolze 10 Nr. 466). Wie aber steht es, wenn Lieferung „spätestens 1. Mai 1907" garantiert wird. Das ist nicht Vereinbarung eines Fixgeschäfts; wohl aber will gesagt sein, nach 1. Mai 1907 hat der Gläubiger kein Interesse mehr, und das soll als vereinbart gelten (§ 326 Abs. 2 BGB.; JW. 00, 840[5]; 96, 703[44]; vgl. unten Anm. 19). Ebenso liegt die Sache, wenn eine bestimmte Erfüllungsfrist mit dem Zusatz vereinbart ist, auf 8—14 Tage komme es nicht an. Das soll heißen, es soll eine Fristüberschreitung, wenn der Verpflichtete das Seinige getan hat, nicht gerügt werden dürfen (JW. 97, 471[37]; 98, 145[18]). Weitere Beispiele unten Anm. 38. Ein verwandter Fall liegt bei Vereinbarung bestimmter Abladezeit vor (hierüber unten Anm. 38). „Im Herbst" ist natürlich kein fixer Termin (irrig OG. Wien Adler-Clemens Nr. 284). § 376.

4. **Die Beweislast**, daß ein Fixgeschäft vorliegt, hat der, der aus den Besonderheiten des Fixgeschäfts Rechte herleitet (RG. 36, 85; OLG. Hamburg ZHR. 40, 520; Breslau Recht 02, 587[2852]). Dagegen braucht er nicht besonders darzutun, welches Interesse er an der Einhaltung der Frist hat (ROHG. 5, 261). Die Erklärungen der Parteien binden den Richter nicht. Er muß von Amts wegen prüfen, ob die Voraussetzungen eines Fixgeschäfts vorliegen (ROHG. 6, 227). Anm. 7.

II. **Die besonderen Rechtsfolgen des Fixhandelskaufs.** Anm. 8.

Kurz zusammengefaßt bestehen die besonderen Rechtsfolgen des Fixhandelskaufs darin, daß der nichtsäumige Teil zwar dieselben Rechte hat, wie beim Nichtfixgeschäft, aber unter wesentlich veränderten Voraussetzungen. Insbesondere hört durch die Nichterfüllung am Stichtage das Recht des Gläubigers auf Erfüllung auf, das Hauptvertragsrecht zu sein. Dadurch entsteht eine völlige Umgestaltung des ganzen Geschäfts (vgl. unten Anm. 18 u. 19). Die tatsächliche Entwickelung, welche die Fixhandelskäufe im Falle der Nichterfüllung am Stichtage nehmen, ist die, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, „die Differenz" verlangt wird. Auf Erfüllung wird regelmäßig nicht bestanden, weil es ja das Naturgemäße an solchen Geschäften ist, daß nur die Erfüllung am Stichtage von Interesse für den Gläubiger ist, auf Erfüllung gerade am Stichtage wird gerechnet; zur Geltendmachung des bloßen Rücktrittsrechts aber hat der nichtsäumige Teil meist keine Veranlassung. Denn säumig ist der Schuldner wohl nur dann, wenn die allgemeine Lage des Marktes für ihn günstiger ist, als die Rechtslage nach dem Vertrage. Ist jene ungünstiger, so liegt ihm natürlich daran, die günstigeren Bedingungen des Vertrages auszunutzen, und zu einem Verzuge kommt es in solchen Fällen meist nicht. Ist die Marktlage aber dem Schuldner günstiger, der Vertrag also ihm ungünstiger, so hat der Gläubiger ein Interesse daran, daß der Vertrag zu den dem Schuldner ungünstigeren, dem Gläubiger günstigeren Bedingungen ausgeführt wird, und wenn dies nicht geschieht, so entsteht eben für den Gläubiger ein Schaden, indem er von den günstigeren Bedingungen des Vertrages keinen Vorteil ziehen kann und auf die ihm ungünstigeren Chancen des allgemeinen Marktes angewiesen ist. Diesen Schaden berechnet er. So löst sich das Verhältnis meist in einen Anspruch auf die Differenz auf, und daher kam es auch, daß die sogenannten reinen Differenzgeschäfte früher lediglich in die Form des Fixgeschäfts gekleidet wurden, weil diese Form sich am besten für diesen Zweck eignete.

A. **Die einzelnen, dem nichtsäumigen Vertragsteil zustehenden Rechte und ihre Voraussetzungen.** Anm. 9.

1. **Ohne weitere Voraussetzung hat der nichtsäumige Teil das Rücktrittsrecht.** Schon darin liegt eine Abweichung vom Nichtfixgeschäft. Denn bei diesem hat der nichtsäumige Teil das Rücktrittsrecht nur dann, wenn der Schuldner im Verzuge ist und regelmäßig

Digitized by Google

376. nur nach fruchtlosem Ablauf einer mit Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme verknüpften Fristbestimmung. Beide Erfordernisse fallen hier weg. Es kommt also nicht darauf an, ob die Partei durch einen von ihr nicht zu vertretenden Umstand an der rechtzeitigen Erfüllung gehindert worden ist (D. 222).

Anm. 10. a) Voraussetzung des Rücktrittsrechts ist hier also nicht der Verzug des Schuldners. Es genügt vielmehr, daß die Leistung trotz Fälligkeit nicht bewirkt ist. Die Fälligkeit entsteht, da es sich um eine kalendermäßige Verpflichtung handelt, ohne Mahnung (§ 284 Abs. 2 BGB.). Da es sich ferner um eine Verpflichtung aus einem zweiseitigen Vertrage handelt, so müssen, wenn die Leistungen Zug um Zug zu erfolgen haben, auch noch die besonderen Voraussetzungen des Verzuges bei Verpflichtungen dieser Art, d. h. bei Zug um Zug zu erfüllenden Verpflichtungen aus zweiseitigen Verträgen vorliegen: es muß der Schuldner hinsichtlich der Leistung, die ihm als Gegenleistung für seine Leistung zu bewirken ist, im Annahmeverzug sein. Denn nur dann gerät in solchem Falle der Schuldner mit seiner eigenen Leistung in Schuldnerverzug (s. Exk. zu § 374 Anm. 8).

Anm. 11. b) Der Rücktritt muß erklärt werden. Die Erklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (über deren Erfordernisse s. Exk. zu § 374 Anm. 3 u. 35). Die Erklärung braucht nicht sofort abgegeben zu werden. Das Erfordernis sofortiger Erklärung ist im Abs. 1 Satz 2 unseres Paragraphen nur für die Erhaltung des Rechts auf Erfüllung gegeben. Der Gläubiger kann also auch noch nach Ablauf der Frist den Rücktritt oder den Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen, und der Schuldner muß darauf gefaßt sein, daß dies selbst dann noch geschieht, wenn der Schuldner die Erfüllung vorbereitet oder die fertig gestellte Ware anbietet. Der Schuldner kann aber dem Gläubiger zur Abgabe der Rücktrittserklärung bei Vermeidung des Verlustes des Rechts mit Fristbestimmung auffordern (§§ 327, 355 BGB.; Exk. zu § 374 Anm. 35). Auch sonst finden auf dieses Rücktrittsrecht die §§ 346—356 BGB. Anwendung. Denn der § 327 BGB. gilt auch hier. Der im § 376 HGB. behandelte Fixhandelskauf gehört zu jenen Verträgen, welche die §§ 326, 327 BGB. zum Gegenstande haben. Der § 376 HGB. will nur die Folgen der Nichterfüllung für eine bestimmte Art von zweiseitigen Verträgen ändern (unten Anm. 33).

Anm. 12. 2. **Außerdem hat der nichtsäumige Vertragsteil das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.**

a) Dieses Recht hat aber nicht nur die Fälligkeit der Leistung, sondern auch den Verzug des Schuldners in der Erfüllung zur Voraussetzung. Über die Voraussetzungen der Fälligkeit siehe oben Anm. 10. Verzug ist schuldhafte Unterlassung der fälligen Leistung. Das Nähere hierüber, insbesondere bei Leistungen, die Zug um Zug zu erfüllen sind, siehe Exk. zu § 374 Anm. 8.

Dagegen ist auch für dieses Recht nicht Voraussetzung, daß dem säumigen Schuldner eine Frist zur Erfüllung bestimmt und hierbei die Ablehnung der Erfüllungsannahme angedroht wird. Vielmehr ist durch den bloßen Verzug des Schuldners das Recht zur Ausübung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründet.

Anm. 13. b) Ausgeübt wird das Recht durch eine empfangsbedürftige formlose Willenserklärung. Eine Frist hierzu ist nicht gegeben. Illoyal verspätete Geltendmachung schließt es allerdings aus (vgl. unten Anm. 35).

Anm. 14. c) Übt der nichtsäumige Teil dieses Recht aus, so hat er damit die Wahl endgültig getroffen. Er kann nun nicht mehr zurücktreten und nicht mehr auf Erfüllung bestehen.

Anm. 15. d) **Die Berechnung des Schadensersatzes.** Im allgemeinen gelten hierüber die für den gewöhnlichen Handelskauf erörterten Grundsätze. Insbesondere können Käufer und Verkäufer den konkreten und den abstrakten Schaden berechnen. In dieser Beziehung herrscht im allgemeinen kein Unterschied vom gewöhnlichen Handelskauf. Es ist also der Berechnung der Zeitpunkt zugrunde zu legen, an dem die Ware vertragsmäßig hätte geliefert werden sollen, d. i. der Tag des Verzugs (JW. 04, 121[25]; RG. 6, 59). Nur in der Art

Digitized by Google

der Geltendmachung des konkreten Schadensersatzanspruchs besteht ein Unterschied. Derselbe § 376.
beruht auf Abs. 3 unseres Paragraphen. Während nämlich beim gewöhnlichen Handelskauf der Käufer und der Verkäufer den konkreten Schadensanspruch durch den Hinweis auf jeden anderweit vorgenommenen Verkauf oder Kauf dartun kann, sofern nur die Gebote der Billigkeit und Redlichkeit dabei beobachtet sind (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 24ff. u. 59ff.), kann hier beim Fixhandelskauf ein Realisierungsverkauf oder Deckungskauf, falls die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Ersatzanspruche nur dann zugrunde gelegt werden, wenn dieser Verkauf oder Kauf sofort nach dem Ablauf der bedungenen Leistungszeit bewirkt ist und zwar entweder in öffentlicher Versteigerung oder durch einen zu solchen Verkäufen oder Käufen ermächtigten Handelsmakler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise. Einer vorherigen Androhung bedarf es dabei nicht, wohl aber einer nachträglichen Benachrichtigung, jedoch nur zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen, nicht als Voraussetzung der Gültigkeit (vgl. Abs. 4 unseres Paragraphen). Der Verkäufer und Käufer können mitbieten (Abs. 4 unseres Paragraphen). Im übrigen siehe über das Nähere zu § 373.

Ein anderweiter privater Realisierungskauf oder Deckungskauf kann dem konkreten Anm. 16.
Schadensersatzanspruche dann nicht zugrunde gelegt werden, wenn die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat. Würde der Käufer sich in noch so angemessener Weise anderweit decken, aber nicht sofort oder nicht durch einen Ankauf durch eine amtliche Person, so würde er den sich ergebenden Ausfall nicht berechnen können, und ebenso der Verkäufer nicht, wenn er die Ware noch so angemessen anderweit veräußert hätte. Wohl aber würden beide in solchem Falle den Unterschied zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreise als abstrakten Schaden berechnen können.

Hat die Ware keinen Markt- oder Börsenpreis, so kann der abstrakte Schade in der Weise Anm. 17.
berechnet werden, daß der Preis, den der Ankauf oder Verkauf voraussichtlich ergeben haben würde, zugrunde gelegt wird, und der konkrete Schade in der Weise, daß der bei einem privaten Ankauf oder Verkauf erzielte Erlös zugrunde gelegt wird. Auch braucht der Realisierungskauf oder Deckungskauf in diesem Falle nicht sofort zu erfolgen, um als Grundlage für die Schadensberechnung zu dienen (ROHG. 4, 286).

Das Nähere über den Realisierungskauf und über den Deckungskauf siehe im Exk. zu § 374.

3. **Der Nichtsäumige hat endlich auch das Recht auf Erfüllung,** dies jedoch nur unter der Anm. 18.
Voraussetzung, daß er sofort nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe.

a) Das ist die erheblichste Änderung der Verzugsfolgen beim Fixhandelskauf. Während beim gewöhnlichen Handelskauf dem nichtsäumigen Vertragsteil das Recht auf Erfüllung als Hauptrecht zusteht, dessen Besitz und Geltendmachung nicht von der Ausübung eines hierauf gerichteten Wahlrechts abhängt, auch wenn der Gegner in Verzug gerät; während ferner die beiden anderen Rechte (Nichterfüllungsschaden und Rücktritt) sonst nur Ersatzrechte sind, die man durch eine an den Gegner zu richtende Fristbestimmung und Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme erst erlangen muß, gilt beim Fixhandelskauf hier überall anderes. Hier hört dadurch allein, daß der Schuldner am Stichtage nicht erfüllt, das Recht auf Erfüllung auf, das Hauptvertragsrecht zu sein. Vielmehr ist in diesem Falle der Gläubiger zunächst und ohne weitere Voraussetzung zum Rücktritt und im Falle schuldhafter Nichterfüllung außerdem wahlweise zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung berechtigt, das Recht auf Erfüllung aber muß er sich durch eine sofort nach dem Stichtage an den säumigen Kontrahenten zu richtende Anzeige besonders erhalten. Er verliert es durch Unterlassung der Anzeige. Der Schuldner aber verliert, wenn er die Erfüllung am Stichtage, und sei es auch ohne Verschulden, unterläßt, die Befugnis, den Vertrag durch Erfüllung zu lösen, und erst dann erhält er diese Möglichkeit wieder, wenn der Nichtsäumige seinerseits sich das Recht auf Erfüllung durch Erstattung jener Anzeige erhält und so zu erkennen gibt, daß er Erfüllung will.

Diese für beide Teile eintretenden Rechtswirkungen sind die charakteristischen Rechtsfolgen Anm. 19.
des Fixgeschäfts, nicht der Wegfall des Anspruchs auf eine Nachfrist, die ja auch beim Nicht-

Digitized by Google

§ 376. fixgeschäft schon von Gesetzes wegen vorkommt (§ 326 Abs. 2 BGB.), und die ferner beim Nichtfixgeschäft vereinbart werden kann, ohne daß dadurch das Geschäft ein Fixgeschäft würde (JW. 93, 546[34]; 96, 703[44]; oben Anm. 6, unten Anm. 38 u. Exk. zu § 374 Anm. 106). Beim gewöhnlichen Handelskauf ohne Nachfrist bleibt ja immer noch der Anspruch auf Erfüllung als Hauptanspruch auch nach Ablauf des Termins bestehen, und deshalb liegt kein Fixgeschäft vor, auch wenn das Recht auf Nachfrist versagt ist. Die umgekehrte Frage, ob durch die Gewährung einer Nachfrist das Geschäft aufhört, ein Fixgeschäft zu sein, läßt sich nur an der Hand der einzelnen in Frage kommenden Gestaltungen beantworten. Ohne weiteres wird der Fixcharakter durch Vereinbarung einer den Umständen nach angemessenen, also wandelbaren Nachfrist beseitigt; denn dann fehlt es am bestimmten Termine (vgl. Anm. 3 u. 6). Das gleiche ist der Fall bei einer Vertragsbestimmung dahin, daß unter vorläufigem Bestehenlassen des Erfüllungsanspruchs und der Erfüllungspflicht, der Nichtsäumige dem Säumigen eine im voraus bestimmte Nachfrist zur Erfüllung (z. B. von 2 Tagen) gewähren muß, wenn dieser sie verlangt (vgl. die Bestimmungen für Lieferungsgeschäfte in Wertpapieren der Bank für Handel und Industrie zu Berlin; abgedruckt bei Hoffmann, Reichsbörsengesetz S. 81; auch bei Rießer, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte, Berlin 00, 76). Ein Fixgeschäft liegt in diesem Falle nicht vor, weil trotz Ablaufs des Termins der Erfüllungsanspruch des Gläubigers und die Befugnis des Schuldners, durch nachträgliche Erfüllung den Vertrag zu lösen, bestehen bleibt. Es hat nur der Gläubiger das Recht, eine Nachfrist zu setzen, nur das Recht, die Ablehnung der Erfüllungsannahme anzudrohen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, wenn der Schuldner innerhalb der Nachfrist nicht erfüllt. Aber der Gläubiger braucht von diesem Rechte keinen Gebrauch zu machen; dann behält er das Recht auf Erfüllung und der Schuldner die Befugnis, den Vertrag durch Erfüllung zu lösen, während beim Fixgeschäft nach Ablauf des Termins der Schuldner die Befugnis verliert, den Vertrag durch Erfüllung zu lösen, und der Gläubiger sich das Recht auf Erfüllung durch besondere Anzeige erhalten muß (RG. 44, 103; vgl. Rießer, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte S. 26). Der Fixcharakter wäre dann nicht beseitigt, trotz Stellung einer Nachfrist, wenn sie im voraus bestimmt fixiert wäre, und zwar derart, daß der Gläubiger nicht bloß berechtigt ist, sie zu stellen, sondern so, daß sie auch wider den Willen des Gläubigers läuft, nach Ablauf der Nachfrist aber der Gläubiger ohne weiteres das Recht zum Rücktritt oder zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat, während er das Recht auf Erfüllung sich durch besondere Anzeige erhalten müßte, der Schuldner aber nach Ablauf der Nachfrist kein Recht mehr hätte, den Vertrag durch Erfüllung zu lösen. In diesem Falle wäre der Ablauf der Nachfrist der eigentliche Fixtermin. Der erste Termin wäre nur ein vorläufiger Termin, an dem der Schuldner auch das Recht hätte, zu erfüllen, ohne daß die Erfüllung an diesem Tage eine vorzeitige wäre und vom Gläubiger zurückgewiesen werden könnte. Das Geschäft wäre in diesem Falle ein Fixgeschäft. Ob bei einer Prolongation nur der Stichtag hinausgeschoben werden wollte, oder ob das Geschäft seinen Fixcharakter verliert, ist Tatfrage, also Sache der Auslegung im einzelnen Falle (RG. 36, 65 ff.; vgl. RG. 28, 25).

Anm. 20. b) Voraussetzung dieser Gestaltung ist die Nichterfüllung am Stichtage. Verzug des Schuldners ist hierzu nicht erforderlich. Auch wenn der Schuldner infolge von Umständen, die er nicht zu vertreten hat, am Stichtage nicht erfüllt, hat er kein Recht mehr, noch nachträglich den Vertrag durch Erfüllung zu lösen, und der Gläubiger muß, wenn er sich das Recht auf Erfüllung erhalten will, auch in diesem Falle die betreffende Anzeige dem Schuldner machen.

Anm. 21. c) Die Anzeige, welche dem Gegner zu erstatten ist, ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie muß also dem andern Teil zugehen. Einer Form bedarf sie nicht. Inhaltlich muß sie erkennen lassen, daß man trotz des Ablaufs des Stichtages beim Recht auf Erfüllung stehen bleibe. Ein bloßer Vorbehalt der Rechte oder ein Protest gegen Nichterfüllung genügt nicht (ROHG. 16, 291).

Digitized by Google

d) Die Anzeige muß sofort nach dem Ablauf der Zeit erfolgen. Sofort: das Wort unverzüglich ist vermieden, obwohl der frühere Art. 357 es gebrauchte. Nach dem Sprachgebrauch der neuen Gesetzbücher würde das Wort bedeuten, daß die Anzeige ohne schuldhaftes Zögern erfolgen müsse. Der Gesetzgeber will aber das gerade Gegenteil festsetzen: auch wenn die Anzeige ohne schuldhaftes Verhalten verzögert wird, fällt das Recht auf Erfüllung fort. Das Erfordernis „sofort" ist objektiv aufzufassen. § 376. Anm. 22

Nach Ablauf der Zeit oder der Frist muß die Anzeige erfolgen. Eine am Stichtage selbst oder noch früher erfolgte Anzeige, daß man Erfüllung verlange, reicht dazu nicht aus, bedeutet nur ein Drängen. Es muß vielmehr ersichtlich sein, daß man trotz des versäumten Stichtages noch Erfüllung verlangt (ROHG. 5, 172). Anm. 23.

e) Die Anzeige ist auch dort entbehrlich, wo schon vor dem Stichtage zwischen den Parteien völlig festgestellt wurde, daß der eine Teil nicht erfüllen wolle, der andere Teil aber auf Erfüllung bestehe. Anm. 24.

Der Absatz 1 Satz 2 unseres Paragraphen verlangt zwar ausdrücklich, daß die Anzeige des Erfüllungsverlangens nach Ablauf der Frist oder Zeit erfolgen und dem Säumigen zugehen muß. Allein der Gesetzgeber dachte hier nur an den regelmäßigen Fall; eine unabänderliche Formvorschrift wollte er nicht aufstellen. Auch das Fixgeschäft bleibt ein nach Treu und Glauben zu beurteilendes Kaufgeschäft. Besteht also völlige, zu unzweideutigem Ausdruck gelangte Übereinstimmung unter den Vertragschließenden, daß der eine Teil nicht erfüllen wolle, der andere Teil aber auf Erfüllung auch noch nach dem Stichtage bestehe, so wäre es eine zwecklose Form, dazu auch noch eine Wiederholung des bereits ausgesprochenen Willens gegenüber dem Gegner zu verlangen, der dies gar nicht haben will (so auch ROHG. 13, 136; OLG. Hamburg ZHR. 38, 221; Makower § 376 III b3; a. M. 6./7. Aufl.). Der Zweck der Anzeigepflicht ist nur der, dem Säumigen zur Kenntnis zu bringen, daß er trotz Ablaufs der vertragsmäßigen Zeit noch erfüllen dürfe, und andererseits den Gegner an Ausbeutung der Sachlage zu verhindern, derzufolge der Säumige sein Recht auf Erfüllung verwirkt hat und nur noch der Nichtsäumige Erfüllung verlangen kann (ROHG. 5, 173).

f) Die Folge der Anzeige ist eine doppelte: Anm. 25.

α) Die nächste Folge ist die, daß der Nichtsäumige sich das Recht auf Erfüllung erhalten hat und dazu auch das Recht auf Verspätungsschaden. Der Betrag des vom Verkäufer wegen Verspätung zu leistenden Schadensersatzes besteht mindestens in dem Unterschied zwischen dem Markt- und Börsenpreis zur Zeit des eingetretenen Verzugs und dem geringeren Markt- und Börsenpreis zur Zeit der erfolgten Lieferung, wenn der Börsen- oder Marktpreis vom Stichtag bis zum Tag der verspäteten Lieferung gefallen ist (ROHG. 24, 155; RG. 14, 112). Es nähert sich auf diese Weise der Schaden wegen verspäteter Erfüllung dem grundsätzlich verschiedenen Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung (vgl. hierüber Exk. zu § 374 Anm. 22). Der nichtsäumige Verkäufer kann die Ware im Wege des Selbsthilfeverkaufs nach § 373 verkaufen und den Ausfall als Kaufpreisrest einklagen. Das ist ebenfalls die Erfüllungsklage (hierüber § 373 Anm. 51). Daher ist die Androhung des Verkäufers, der sich das Recht auf Erfüllung erhalten hat, er werde im Falle der Nichterfüllung nach Ablauf einer bestimmten Frist die Ware auf Rechnung des säumigen Käufers öffentlich verkaufen, lediglich eine verschärfte Mahnung zur Erfüllung (vgl. ROHG. 4, 286 und § 273 Anm. 51). Der Nichtsäumige kann aber auch einfach auf Erfüllung klagen und nach rechtskräftiger Verurteilung des Gegners diesem eine Frist mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Mit Ablauf der Frist wandelt sich das ganze Rechtsverhältnis in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und kein Teil kann mehr erfüllen noch auch Erfüllung vom Gegner verlangen (§ 283 BGB.; unten Anm. 36). Dieselbe Wirkung wird dadurch erzielt, daß der Kläger bereits im Urteil eine solche Frist nach § 155 CPO. setzen läßt.

Digitized by Google

§ 376. Anm. 26. β) Die andere Folge gehöriger Anzeige ist die, daß das Geschäft nunmehr seinen Fixcharakter verliert, d. h. es können die Vorschriften des Abs. 1 des § 376 Abs. 1 fernerhin nicht mehr zur Anwendung kommen. Die in Abs. 1 unseres Paragraphen dem Nichtsäumigen weiter zur Wahl gestellten Rechte des Rücktritts und des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Fixgeschäft sind durch das Erfüllungsverlangen gegenstandslos geworden. Der Säumige, von dem Erfüllung gefordert worden ist, muß sich von nun an nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts, d. h. nach § 326 BGB. behandeln lassen (ROHG. 4, 287). Daß dies der Sinn des § 376 Abs. 1 ist, ergibt sich aus dem Wesen des Fixgeschäfts (oben Anm. 19 u. 24), wonach der Säumige sofort nach dem Stichtag Klarheit haben soll, ob er noch erfüllen darf und muß, trotzdem eigentlich eine spätere Leistung nicht mehr als Vertragsleistung zu gelten hätte. Hieraus folgt, daß der Nichtsäumige, wenn der Säumige nunmehr nicht erfüllt, alle Rechte aus § 326 BGB. hat (Fristbestimmung mit Androhung der Erfüllungsablehnung und nach fruchtlosem Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt). Vgl. daher für diesen Fall die Erläuterung im Erk. zu § 374. Nach anderer Meinung (Makower § 376 III 4, der sich anscheinend dafür auf Düringer-Hachenburg § 376 Note III 4 beruft) ersetzt § 376 Abs. 1 den § 326 BGB. vollständig und sei § 376 Abs. 1 aus § 326 Abs. 1, Satz 2 Halbs. 2 dahin zu ergänzen, daß durch das Bestehen auf Erfüllung das Rücktrittsrecht und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung für immer ausgeschlossen werde. Hieraus wird gefolgert, daß, sobald Erfüllung gewählt worden, zukünftig nur noch bei Unmöglichkeit oder Unvermögen der Erfüllung nach §§ 323–325 BGB. ein Rücktritt oder ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zuzulassen sei. Dagegen ist daran zu erinnern, daß § 376 den umgekehrten Grundsatz wie § 326 BGB. aufstellt und § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB. gerade den Anspruch auf Erfüllung ausschließt, sobald die mit Androhung der Erfüllungsablehnung verbundene Nachfrist abgelaufen ist, der Nichtsäumige aber durch sein Erfüllungsverlangen, wenn er die Frist nicht setzt und die Androhung nicht ergehen läßt, nicht gehindert ist, so lange der Verzug dauert, von § 326 Gebrauch zu machen.

Anm. 27. g) Den Beweis, daß er die Anzeige rechtzeitig und gehörig bewirkt hat, muß der Nichtsäumige erbringen.

Anm. 28. h) Die Folge der unterlassenen Anzeige ist, daß das Recht auf Erfüllung untergeht. Auch der Säumige hat kein Recht, nach Ablauf des Stichtages den Verzug zu heilen und Erfüllung anzubieten (ROHG. 9, 411). Er hat nur dann ein Recht, nach dem Stichtage den Vertrag durch Erfüllung zu lösen, wenn der andere Teil von dem Rechte, sofort Erfüllung zu verlangen, Gebrauch macht (ROHG. 4, 286). Aber natürlich kann der nichtsäumige Teil die ihm nachträglich angebotene Erfüllung annehmen, und sie gilt dann als Vertragserfüllung, nicht etwa als neuer Vertrag (ROHG. 17, 401). Der Nichtsäumige hat, wenn er die Erklärung, auf Erfüllung bestehen zu wollen, nicht abgibt, nur noch die Rechte auf Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung (sofern die Voraussetzungen des letzteren vorliegen) zur Wahl. Das erstere kann er auch in dem Augenblicke, in dem der andere Teil die nachträgliche Erfüllung anbietet, ausüben, aber nicht mehr, wenn ihm der Nichtsäumige eine Frist vergeblich gestellt hat (vgl. hierüber oben Anm. 11).

Anm. 29. **B. Das Verhältnis der verschiedenen Rechte zueinander.** Zeigt der Nichtsäumige sofort an, daß er auf Erfüllung bestehe, so erhält er sich das Recht auf Erfüllung und verliert die beiden andern Rechte insofern, als er den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder ein Rücktrittsrecht darauf nicht stützen kann, daß der Säumige am Stichtage nicht erfüllt hat (oben Anm. 25 f.). Macht aber der Nichtsäumige jene Anzeige nicht sofort, so ist damit umgekehrt das Recht auf Erfüllung untergegangen und der Nichtsäumige hat nur noch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder zum Rücktritt, ersteres, wenn der Nichtsäumige im Verzuge ist, letzteres ohne diese Voraussetzung. Das Rücktrittsrecht verliert der Nichtsäumige, wenn er es auf bestimmte Aufforderung gemäß § 355 BGB.

Digitized by Google

nicht ausübt, und es bleibt alsdann nur noch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nicht- § 376.
erfüllung übrig, wenn dessen Voraussetzung (Verzug) vorliegt. Diesen Anspruch braucht der Nichtsäumige nicht sofort geltend zu machen; will er aber eine bestimmte Art des konkreten Schadensanspruchs geltend machen, so muß er den betreffenden Realisierungsverkauf und Deckungsverkauf sofort (und in gewisser Weise) bewirken (vgl. über alles dies oben Anm. 15). Versäumt er dies, so bleibt ihm nur noch die abstrakte Schadensberechnung übrig.

Wie also, wenn der nichtsäumige Teil trotz Ablauf des Stichtages nichts Anm. 30.
erklärt? Dann kann er auf Erfüllung nicht bestehen. Er hat nur noch das Recht zurückzutreten und Schadensersatz nach seiner Wahl.

C. **Bestehen Besonderheiten für den Fall, daß der Nichtsäumige ganz oder zum Teil erfüllt** Anm. 31.
hat? Dies ist zu verneinen. Ebensowenig wie § 326 BGB., setzt § 376 HGB. voraus, daß irgend ein Teil schon erfüllt hat, während der frühere Art. 357 vorausgesetzt hatte, daß der Verkäufer noch nicht übergeben hatte.

Will der Nichtsäumige auf Erfüllung des Restes bestehen, so muß er dies dem Gegner anzeigen (oben Anm. 18ff.). Wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt, so braucht der Nichtsäumige seine Leistung, soweit sie noch aussteht, nicht mehr zu bewirken, und soweit er sie geleistet hat, kann er sie nicht zurückfordern. Den ihm durch diese Gestaltung der Sache erwachsenen Schaden hat ihm der säumige Teil zu erstatten. Wird Rücktritt gewählt, so kann das Geleistete zurückgefordert werden (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 35).

Auch dann fällt das Rücktrittsrecht nicht weg, wenn der Verkäufer die Ware bereits Anm. 32.
übergeben und den Preis gestundet hat. Denn wenn auch nach § 454 BGB. für diesen Fall das im § 326 BGB. bestimmte Rücktrittsrecht versagt ist, so ist doch für Fixgeschäfte noch ein weiteres an Erfüllungssäumnis geknüpftes Rücktrittsrecht gegeben, nämlich im § 361 BGB. Dies besteht auch in dem Falle, daß ein Teil schon erfüllt hat und die Leistung des Säumigen befristet ist, und ist von § 454 BGB. nicht berührt.

D. **Gelten Besonderheiten für den Fall, daß der Säumige zum Teil schon erfüllt hat?** Auch Anm. 33.
dies muß verneint werden. Was in dieser Beziehung für den § 326 BGB. gesagt ist, gilt **mutatis mutandis** auch hier. Unser § 376 bestimmt für den Fall, daß der Säumige zum Teil erfüllt hat, überhaupt nichts Besonderes. Die Lücke wird eben durch § 326 BGB. ausgefüllt, der ja, wie bereits in Anm. 11 ausgeführt, überhaupt für den Fixhandelskauf insoweit gilt, als § 376 HGB. oder § 361 BGB. keine Abweichungen anordnen (a. M. Makower § 376 I c u. VII).

Demgemäß kommt es darauf an, ob die teilweise Erfüllung des Vertrags für den Gläubiger noch Interesse hat oder nicht. Hat sie Interesse, so kann er die Rechte aus § 376 nur wegen des noch unerfüllt gebliebenen Teiles des Vertrages geltend machen, sonst wegen des ganzen Vertrages (Näheres im Exk. zu § 374 Anm. 116; die dort aufgestellten Regeln ändern sich natürlich gemäß § 376).

Insbesondere gilt dies auch bei den sog. Sukzessivlieferungsgeschäften. Das bedeutet: Anm. 34.
Was im Exk. zu § 374 Anm. 126ff., 135ff. über diese von uns ausgeführt ist, gilt **mutatis mutandis** auch hier. Insbesondere kann auch hier der nichtsäumige Teil wegen jedes einzelnen sukzessiv fälligen Postens verschiedene Rechte geltend machen.

E. **Verwirkung der Rechte aus dem Verzuge infolge illoyal verspäteter Geltendmachung der Rechte.** Anm. 35.
Das im Exk. zu § 374 Anm. 147ff. Ausgeführte gilt auch hier, ja sogar in erhöhtem Maße. Freilich ist hier der Grundsatz entbehrlicher, da das Recht auf Erfüllung und das Recht auf Geltendmachung des Schadensersatzes in konkreter Berechnung überhaupt von sofortigen Anzeigen und Maßnahmen abhängig sind, so daß schon ein kurzes Schweigen die Verwirkung der betreffenden Rechte zur Folge hat.

F. **Der Verzug nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung.** Das im Exk. zu § 374 Anm. 36.
Anm. 149 Ausgeführte gilt auch hier. Hat der Nichtsäumige auf Erfüllung geklagt, und ist er damit rechtskräftig durchgedrungen, so hat er sich das Recht auf Erfüllung erhalten und die

Digitized by Google

§. 376. beiden anderen Rechte insofern verwirkt, als er Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt nicht mehr deshalb geltend machen kann, weil nicht am Stichtage erfüllt sei. Der Anspruch auf Erfüllung steht nunmehr dem Nichtsäumigen so zu, wie wenn das Geschäft von vornherein kein Fixhandelskauf gewesen wäre. Und deshalb stehen ihm nach rechtskräftiger Verurteilung die Rechte zu, die beim gewöhnlichen Handelskauf dem nichtsäumigen Teile zustehen (oben Anm. 25).

Anm. 37. G. **Der Verzug im Falle des Todes des Verpflichteten.** Die im Exk. zu § 374 Anm. 153ff. erörterten Grundsätze gelten in entsprechender Weise auch hier. Hier ist nur zu betonen, daß das Rücktrittsrecht ohne die Voraussetzung des Verzuges, auf Grund der bloßen Nichterfüllung am Fälligkeitstage, dem nichtsäumigen Teil zusteht; das Rücktrittsrecht kann also auch während der Ausschlagungsfrist geltend gemacht werden, und die dem Erben zustehenden aufschiebenden Einreden halten die Ausübung des Rücktrittsrechts nicht auf. Aber ausgeübt muß es doch werden! Während der Ausschlagungsfrist wird daher dem nichtsäumigen Teil, wenn er das Rücktrittsrecht ausüben will, nichts übrig bleiben, als einen Nachlaßpfleger zu bestellen, damit er diesem die Rücktrittserklärung zugehen läßt.

Anm. 38. H. **Folgen der Nichterfüllung anderer Verpflichtungen, außer der Übergabe der Ware und der Zahlung des Kaufpreises.**

Wie § 326 BGB. sich nur auf den Verzug in der Erfüllung der Hauptverpflichtung aus dem zweiseitigen Vertrage bezieht, so gilt das gleiche für die Anwendung des § 376: nur wenn der Verkäufer die Übergabe, der Käufer die Zahlung trotz Fälligkeit nicht bewirkt, greifen die Rechtsfolgen des § 376 Platz (Exk. zu § 374 Anm. 39ff. u. 7ff.). Aber natürlich können die Parteien auch anderen Verpflichtungen den Fixcharakter beilegen. Mitunter denken sich die Parteien die Zeit der Erfüllung als so wesentlich, daß eine Nachfristsetzung nach § 326 Abs. 2 BGB. unterbleiben dürfe, z. B. wenn der Käufer sich das Eintreffen der Ware zu einem bestimmten Zeitpunkt ausbedingt, weil er nachher kein Interesse mehr an der Ware hat (ROHG. 5, 458), oder wenn der Wirt die Lieferungen nur innerhalb eines bestimmten Sudjahres verwenden kann (RG. 1, 64). Weitere Beispiele s. oben Anm. 6. Häufig wird ein bestimmter Zeitpunkt vereinbart, zu welchem die Ware in einem überseeischen Hafen abgeladen sein muß. Die Vereinbarung eines fixen Abladetermins (wozu die Bestimmung, abzuladen bis 10. jeden Monats, nicht genügt, RG. 36, 83), macht nun allerdings das Geschäft noch nicht zu einem Fixgeschäft, weil dazu gehört, daß die Erfüllung nach dem Stichtag überhaupt keine Vertragserfüllung mehr ist, so daß nach dem Stichtage Erfüllung nicht mehr angeboten und Erfüllung nur verlangt werden kann, wenn dies sofort nach dem Stichtage geschieht. Auch läßt sich gegen die Annahme eines Fixgeschäfts das Bedenken erheben, daß es dem Käufer wesentlich auf die Zeit der Ankunft ankommt, die aber wegen der zu überstehenden Seereise immer eine ungewisse bleibt. Trotzdem hat die Verkehrsanschauung dazu gedrängt, beim Kauf abzuladender Ware in der Vereinbarung einer fixen Abladezeit — mag dies ein genau bezeichneter Zeitpunkt oder ein bestimmt begrenzter Zeitraum der Abladung sein — eine so wesentliche, am Abladeort zu erfüllende Vertragsbestimmung zu erblicken, daß der Käufer den Vertrag nicht als erfüllt gelten zu lassen braucht, wenn die Abladung nicht zur vereinbarten Zeit geschehen ist (ROHG. 2, 195; 24, 195; RG. 30, 59; JW. 97, 471[37]; 02 Beil. 234[108]; OLG. Hamburg HansGZ. 00, 277; 02, 162 u. 192; a. M. 6./7. Aufl.). Beim Kauf bereits abgeladener (also schwimmender) Ware ist die Zusicherung einer bestimmten Abladezeit als Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB. zu verstehen (RG. 58, 231). Wer mit der Abladeklausel kauft, verkauft häufig weiter mit der Erwartungsklausel, d. h. dem ersten Käufer ist nur die Abladungszeit gewährleistet. Reisebeginn und Dauer kennt er zwar nicht, aber er schätzt sie; er übernimmt daher beim Weiterverkauf nur die Gewähr dafür, daß die Ankunft im Bestimmungshafen nach Lage der Verhältnisse spätestens in einem gewissen Zeitpunkt erfolgt (zu erwarten ist). Auch hier handelt es sich um eine zugesicherte Eigenschaft. Nach § 326 BGB. muß dann die Nachfrist zur Lieferung einer der Erwartungsklausel entsprechenden Ware gesetzt werden.

Digitized by Google

J. **Der Fall des Verzuges im Konkurse.** Hierüber siehe im Exk. zu § 382. § 376.

K. **Übergangsfragen.** Die Folgen eines vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Fixhandelsgeschäfts sind nach altem Recht zu beurteilen (Art. 170 EG. z. BGB.; vgl. RG. 52, 262; JW. 03, 185[43] u. § 352 Anm. 17), mag auch der Stichtag auf einen nach dem 1. Januar 1900 gelegenen Zeitpunkt fallen. Anm. 39. Anm. 40.

Exkurs zu § 376. Exk. zu § 376.

Die Börsentermingeschäfte und die Differenzgeschäfte.

Lit.: Apt, Das Börsengesetz[2], Berlin 97; Derf. Das Börsengef. u. f. Reform, Berlin 01 u. ArchBR. 19, 211; Bendixen, Zur Frage des DiffGesch., Holdheim 2, 97 u. 4, 101; Bondi, Über Börsentermingeschäfte usw., Holdheim 6, 139; Cohn, Das Differenzgeschäft im SchweizerR., BankA. 1, 56 u. 76; Diena, de la validité des jeux de bourse dans les rapports intern, Journal du droit intern 23, 65 u. 284; 26, 326. Fusinato dell' efficacia in Italia dei contratti di borsa stipulati all'estero. Venezia 91; Hammerschlag, Die Rückforderbarkeit der Deckung bei Differenzgeschäften, Wien 01; Heinemann, Die erlaubten u. verbotenen Termingeschäfte, Berlin 99; Derf., Der Börsenterminhandel u. das RG. Berlin 00; Derf., Das Problem der deutschen Börsenreform 01 u. in Holdheim 8, 235; 9, 60 u. 245; 11, 13 u. 234; Hoffmann, Das Reichsbörsengesetz, Berlin 97; Kahn, Das Börsengesetz m. Erläuterungen, Berlin 96; Kunreuther, Das Börsengesetz, Berlin 96; Küttner, Das Bösengesetz, Leipzig 96 (annot.); Neander-Müller, Differenztheorie u. Börsengeschäfte[3], Berlin 03; Derf., Juristische Lehrmeinungen über Börsengeschäfte, Berlin 03; Rieffer, Die handelsr. Lieferungsgeschäfte, Berlin 00; Salings Börsenpapiere[10], I. Teil, Die Börse u. Börsengeschäfte, bearbeitet von Schütze, Leipzig 05; Siemsen, Differenzgesch. u. engl. Recht, BankA. 1, 97; Staub, Der Begriff der Börsentermingeschäfte, Berlin 99; Derf. in Holdheim 6, 67 u. DJZ. 01, 441; Struck, Effektenbörse in Schmollers Forschungen 3, 59; Tamme, Verhandlungen des schweiz. JurVereins, ZSchweizR. 12, 673; Trumpler, Die Differenzgeschäfte, ZHR. 50, 388; Wermuth-Brendel, Börsengesetz, Berlin 97 (Komment.); Wahl, Journ. du droit intern. privé 25, 234; Wittmaack, Das Differenzgeschäft nach engl. Recht, ZHR. 51, 83; Zadig, Der Terminhandel und seine Behandlung, Breslau 01; Differenzgeschäft u. Börsentermingeschäft, jurist. Gloffen, herausgeg. i. A. des Zentralverbands des deutschen Bank- und Bankiergewerbes, Berlin 04.

Das Börsengesetz vom 22. Juni 1896 gedachte der Beteiligung solcher Personen am Terminhandel einen Damm entgegenzusetzen, die sonst, durch die lockenden Chancen müheloſen Gewinns herangezogen, aus Unerfahrenheit und Mangel an ausreichenden Mitteln ihrem sicheren Untergang entgegengehen würden. Von diesem Gesichtspunkte aus untersagt § 50 den Börsenterminhandel in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen wie in Getreide- und Mühlenfabrikaten durchaus. Im übrigen gibt § 48 eine Begriffsbestimmung der erlaubten Börsentermingeschäfte. Zu dem Begriff der erlaubten Börsentermingeschäfte in Waren und Wertpapieren gehören danach drei Merkmale: einmal ein festbestimmter Lieferungstermin, sodann die Festsetzung der Geschäftsbedingungen durch den Börsenvorstand und endlich eine amtliche Preisfeststellung. Die Fähigkeit zum Abschluß solcher Börsentermingeschäfte ist in §§ 66—69 aber an die Voraussetzung geknüpft, daß beide Vertragschließenden in das Börsenregister eingetragen sind. Sind beide Teile eingetragen, so ist das Geschäft ohne weiteres gültig und dem Differenzeinwand entzogen. Das Börsenregister sollte den oft schwierigen und unsicheren Nachweis, daß die Absicht der Parteien auf bloßes Spiel gerichtet gewesen sei, durch den einfachen Hinweis auf die Nichteintragung der Parteien in das Börsenregister ersetzen. Es genügt also, wenn nicht beide Parteien eingetragen sind, der einfache Registereinwand an Stelle des Differenzeinwands, um dem Geschäft jede Wirkung zu entziehen, mag dasselbe wirklich auf Differenzzahlung oder auf effektive Lieferung gerichtet gewesen sein. Einleitung.

Die an dieses System geknüpften Erwartungen haben sich nicht erfüllt. Die Zahl der Eintragungen in das Börsenregister ist eine verschwindend kleine, und wird es bleiben. Die

Digitized by Google

Exk. zu § 376. weitaus größte Zahl der Interessenten zieht es vor, sich eher dem Differenzeinwand auszusetzen, als sich der Eintragung zu unterziehen. Der unabläßig drohende Differenzeinwand bringt aber solche Gefahren mit sich, daß man nach anderen Geschäftsformen suchte, welche nicht unter die in § 48 gegebene Begriffsbestimmung fallen sollten. Diese Versuche gingen dahin, den Fixcharakter des Geschäfts, also den festbestimmten Lieferungstermin, durch Bewilligung einer im voraus festbegrenzten Nachfrist zu ändern — sog. handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte nach den Bedingungen der Darmstädter Bank (s. oben Riesser). Das Reichsgericht hat jedoch in ständiger Rechtsprechung (unten Anm. 3 u. 5) solche Nachlieferungsgeschäfte gleichfalls dem Registerzwang unterworfen. Ebensowenig Erfolg hatte der Versuch, das zweite Merkmal eines Börsentermingeschäfts dadurch zu beseitigen, daß man die vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen abgeändert und die so veränderten Bedingungen dem Abschluß zugrunde legte; selbst Abweichungen in erheblichen Punkten erreichten das Ziel nicht (unten Anm. 3 u. 8). Endlich scheiterte auch der Versuch, die Geschäftsabschlüsse in die Form von Kassageschäften mit der Nebenabrede einzukleiden, daß die Lieferung der Stücke und die Zahlung des Kaufpreises bis zum jeweiligen Monatsende ausgesetzt sein solle (unten Anm. 3 u. 6). Die Rechtsprechung wurde zu dieser Stellungnahme gedrängt, weil die Unvollkommenheit des Börsengesetzes andernfalls zu dessen tatsächlicher Außerkraftsetzung geführt hätte. Die Rechtsprechung korrigierte insofern allerdings das Gesetz, indem sie seinen Zweck in den Vordergrund stellte und alle Termingeschäfte über Waren und Wertpapiere, welche dem gleichen wirtschaftlichen Zwecke dienen, wie die eigentlichen in § 48 umgrenzten Börsentermingeschäfte und nach typischen Bedingungen abgeschlossen werden, als Börsentermingeschäfte behandelte, wenn sich auch nur an einer Börse infolge Zusammenwirkens der Börsenbesucher ein Preis für dergleichen Geschäfte gebildet hatte (Düringer-Hachenburg § 376 II).

Diese Rechtsentwicklung führte gerade zu dem Ergebnis, welches der Gesetzgeber für ausgeschlossen gehalten hatte. Gewohnheitsmäßige Börsenbesucher, reiche Rentner, Kaufleute und Bankiers entzogen sich mehrfach beim Fehlschlagen ihrer Spekulationen ihren Verpflichtungen durch Erhebung des Registereinwands unter offenbarer Verletzung von Treu und Glauben. Vormünder, als Vertreter von Erben und Konkursverwalter hielten sich für verpflichtet, Geschäfte anzufechten, die der Erblasser oder Gemeinschuldner selbst nicht beanstandet haben würde. Ist keine Zahlung gemäß § 66 Abs. 4 erfolgt, so können solche Anfechtungen bis zum Ablauf der 30jährigen Verjährung erfolgen. Dasselbe gilt vom Widerruf von Anerkenntnissen und von der Zurückforderung bestellter Sicherheiten nach § 66 des Gesetzes. Diese Rechtsunsicherheit erfuhr noch eine Verschärfung dadurch, daß das Reichsgericht das in § 50 enthaltene Verbot des Börsenterminhandels in gewissen Geschäftszweigen auf den Abschluß einzelner Börsentermingeschäfte ausdehnte. Solche verbotene Geschäfte sind daher nichtig gemäß § 134 BGB., auch wenn sie zwischen im Börsenregister eingetragenen Personen abgeschlossen worden sein sollten (unten Anm. 40ff.). Selbst durch Zahlung erledigte Abschlüsse dieser Art haben somit keinen Rechtsbestand. Alle diese Mißstände sind in der Begründung zu dem Entwurf einer Börsengesetznovelle dargestellt, welche dem Reichstag vom Reichskanzler am 19. Februar 1904 vorgelegt worden war. In dieser Vorlage wie auch in dem Bericht, den die XI. Reichstagskommission zur Vorberatung des Entwurfs eines Gesetzes betr. Änderung des Abschnitts IV des Börsengesetzes dem Reichstag am 23. Mai 1905 erstattet hat (im Druck erschienen bei C. Heymann, Berlin 05), ist die Folgerichtigkeit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt. Durch die Auflösung des Reichstags ist der Abschluß dieser unerläßlichen Reform verzögert. Es steht jedoch zu erwarten, daß diese Reform in Bälde zustande kommen wird. Deshalb wird hier auf die Kritik, welche in der 6./7. Aufl. an dem bestehenden Rechtszustand geübt war, nicht eingegangen, sondern nur die derzeitige Rechtslage zur Darstellung gebracht. Die Bekämpfung dieser Rechtsprechung steht auf einem ganz anderen Standpunkt als diese. Sie geht nämlich davon aus, daß man sich an den Wortlaut des Gesetzes und dessen Vorarbeiten zu halten habe, und daß die ausdehnende Auslegung der Rechtsprechung nicht zu billigen sei. Aus dieser Auffassung heraus ist die ganze Kritik zu verstehen.

Digitized by Google

I. Die erlaubten Börsenterminge schäfte.

Exk. zu § 376. Anm. 1.

A. Maßgebend sind die folgenden Paragraphen des Börsengesetzes:

§ 48. Als Börsenterminge schäfte in Waaren oder Werthpapieren gelten Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen (§§ 29, 35) erfolgt.

§ 66. Durch ein Börsenterminge schäft in einem Geschäftszweige, für welchen nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses in einem Börsenregister eingetragen sind, wird ein Schuldverhältniß nicht begründet.

Das Gleiche gilt von der Ertheilung und Uebernahme von Aufträgen sowie von der Vereinigung zum Abschlusse von Börsenterminge schäften.

Die Unwirksamkeit erstreckt sich auf die bestellten Sicherheiten und die abgegebenen Schuldanerkenntnisse.

Eine Rückforderung dessen, was bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, findet nicht statt.

§ 67. Wer den Vorschriften des § 58 zuwider eingetragen worden ist, gilt nur dann als eingetragen, wenn der Mangel zur Zeit des Geschäftsabschlusses dem anderen Theile nicht bekannt war.

Wer trotz erfolgter Löschung im Börsenregister noch in der Gesammtliste (§ 65) aufgeführt ist, gilt als eingetragen, sofern nicht zur Zeit des Geschäftsabschlusses der andere Theil von der bewirkten Löschung Kenntniß hatte. Das Gleiche gilt bis zum Ablauf eines Monats seit der Veröffentlichung der Gesammtliste von denjenigen Personen, welche in dieser Liste in Folge der Löschung nicht wieder aufgeführt sind.

§ 68. Die Bestimmungen des § 66 finden auch dann Anwendung, wenn das Geschäft im Auslande geschlossen oder zu erfüllen ist.

In Ansehung von Personen, welche im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben, ist die Eintragung in das Börsenregister zur Wirksamkeit des Geschäfts nicht erforderlich.

§ 69. Gegen Ansprüche aus Börsenterminge schäften sowie aus der Ertheilung und Uebernahme von Aufträgen und aus der Vereinigung zum Abschlusse von Börsenterminge schäften kann von demjenigen, welcher zur Zeit der Eingehung des Geschäfts in dem Börsenregister für den betreffenden Geschäftszweig eingetragen war, sowie von demjenigen, dessen Eintragung nach den vorstehenden Bestimmungen (§ 68 Absatz 2) zur Wirksamkeit des Geschäfts nicht erforderlich war, ein Einwand nicht darauf begründet werden, daß die Erfüllung durch Lieferung der Waaren oder Werthpapiere vertragsmäßig ausgeschlossen war.

Diese Vorschrift wird durch die Vorschrift des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berührt.

B. Der Grundgedanke dieser Vorschriften ist der: es wird ein einfaches „entweder—oder" vorgeschrieben: entweder sind beide Teile in das Börsenregister eingetragen, alsdann ist der Einwand, daß die Erfüllung vertragsmäßig ausgeschlossen sei, versagt, oder ein Teil ist nicht eingetragen, alsdann wird ein Schuldverhältnis durch jene Geschäfte überhaupt nicht begründet. Anm. 2.

a) **Vorausgesetzt ist das Vorliegen von Börsenterminge schäften.** Darunter versteht § 48 des Börsengesetzes Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte über Waren und Wertpapiere auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt.

α) Diese drei Erfordernisse müssen erfüllt sein, wenn ein Börsenterminge schäft vorliegen und das Gesetz Anwendung finden soll. Das entspricht nicht nur der Begriffsbestimmung in § 48, sondern auch den Motiven S. 60, welche ausdrücklich erklären, daß die gesetzliche Feststellung des Begriffes der Börsenterminge schäfte „die Grundlage für die nachfolgenden Bestimmungen sein soll." Allein die Rechtsprechung des Reichsgerichts sowohl wie die der unteren Instanzen nimmt, wie bereits in der Einleitung (vor Anm. 1) dargelegt ist, den Standpunkt ein, daß mit Rücksicht auf den Zweck des Börsengesetzes die Anm. 3.

Digitized by Google

Exk. zu § 376. in § 48 gegebene Begriffsbestimmung eines Börsentermingeschäftes erweitert werden müsse. Es fallen danach unter § 48 nach den Grundsätzen über Gesetzesumgehung alle Geschäfte in Waren und Wertpapieren, die darauf abzielen, den Zweck der in § 66 aufgestellten Ungültigkeitsvorschrift zu vereiteln (RG. 42, 43; 44, 52, 91 u. 107; 47, 111; JW. 02, 638[22]; 03, 318[20]; Holdheim 02, 84). Zufolge dieser erweiterten Gesetzesauslegung werden als gesetzliche Merkmale zur Annahme eines Börsentermingeschäftes in Waren und Wertpapieren nur gefordert: einmal, daß der Abschluß nach typischen, schablonenhaften, der Individualität des Einzelgeschäfts entbehrenden Bedingungen (RG. 44, 113) zu einem festen Termin ohne Rücksicht auf besondere persönliche Bedürfnisse, also gleichfalls typisch (RG. 47, 112) und ferner zu einem Preise erfolgt, der sich an der Börse infolge des Zusammenwirkens und Zusammentreffens der Börsenbesucher gebildet hat, wenn auch eine Feststellung (Notierung) nicht stattfand (RG. 47, 112). Daß der Abschluß an der Börse erfolge, ist nicht zu fordern (RG. 47, 112); nur darf die Preisbildung nicht im freien Verkehr erfolgt sein. Auch wesentliche Abweichungen von den Geschäftsbedingungen der Börse ändern nichts. Selbst eine Änderung des festen Stichtages durch Gewährung einer Nachlieferungsfrist macht noch nichts aus (RG. 44, 115). Die durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts festgelegten Grundsätze gehen also dahin, daß jedes Geschäft, auch das handelsrechtliche Lieferungsgeschäft des Effektenverkehrs, unter § 66 fällt, das unter Verzicht auf Börseneinrichtungen und Usancen und mit Nachfrist abgeschlossen wird, sobald es den Charakter des Schablonenhaften annimmt, die jederzeitige Deckung durch Gegengeschäfte und die Umgehung der Effektiverfüllung ermöglicht, also dem Börsenspiel zu dienen und so die Zwecke des Börsengesetzes zu vereiteln geeignet ist. Nicht ausgenommen sind Prämiengeschäfte (JW. 02, 101[50]) noch auch Kassengeschäfte (hierüber unten Anm. 6). Sollen solche Geschäfte rechtswirksam sein, so bedarf es der Eintragung beider Teile in das Börsenregister. Nur das, was bei oder nach völliger Abwicklung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, kann nicht zurückgefordert werden (§ 66). Ob das Börsentermingeschäft auch noch ein Differenzgeschäft war, also wirklich allein oder nebenbei Spielzwecke verfolgte, oder ob es zu dauernder Kapitalanlage dienen sollte, ist einerlei (JW. 04, 38[5]). Der Umstand, daß der Leiter eines großen gesellschaftlichen Unternehmens, der sich genötigt sieht, den Register- oder den Spieleinwand zu erheben, dadurch das zu seiner Stellung erforderliche Vertrauen verliert (RG. 53, 267; JW. 04, 38[5]), gehört einem anderen Rechtsgebiete an (vgl. § 231 Anm. 31).

Anm. 4. β) Die drei Erfordernisse der durch das Börsengesetz getroffenen Rechtsgeschäfte sind:

αα) Es müssen Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte in Waren oder Wertpapieren sein auf eine fest bestimmte Lieferungszeit oder mit einer fest bestimmten Lieferungsfrist.

Zunächst also muß es ein Geschäft in Waren oder Wertpapieren sein (hierüber § 1 Anm. 38—41). Darüber, ob Kuxe Wertpapiere sind, entscheidet Landesrecht. Kuxe alten preußischen Rechts, d. h. vor Inkrafttreten des Berggesetzes vom 24. Juni 1865, sind unbewegliche Sachen. Kuxe neueren Rechts (§ 1 Anm. 40) stehen dagegen beweglichen Sachen gleich (RG. 28, 251; 45, 247; Bolze 12 Nr. 90 u. 603). Wenn diese Neukuxe auch keine Waren nach § 360 oder nach §§ 381, 383 noch auch nach dem Börsengesetz sind, so sind sie doch Vermögensrechte (RG. 43, 355; 45, 247) und werden, da sie als gewerkschaftliche Anteile der Spekulation und Kursbildung ebenso zugänglich sind, wie die eigentlichen Wertpapiere, diesen durchaus gleichgestellt; und zwar nicht allein nach dem Börsengesetz (RG. 47, 106) und dem Bankdepotgesetz (§ 1 daselbst), sondern ganz allgemein, obgleich die Übertragung des Eigentums schriftlich erfolgen muß, also nicht durch einfache Aushändigung des Kuxscheines vor sich geht (RG. 52, 178; 54, 351). Jedoch fällt der Handel mit Kuxen regelmäßig unter das Verbot des Börsenterminhandels mit Bergwerksanteilen (§ 50 Abs. 2 Satz 1 BörsGes.) und nicht unter die §§ 48, 66 BörsGes. (RG. 52, 178). Über die Zulassung an der Börse nach § 36 BörsGes. siehe Heinitz DJZ. 05, 896; Gold ebenda

Digitized by Google

S. 958; Trumpler in Holdheim 14, 249; Arndt in BankA. 06, 89; bei letzterem auch eingehende Ausführungen über Kuxenhandel. Erl. zu § 376.

Sodann muß es ein Kauf- oder sonstiges Anschaffungsgeschäft sein (§ 1 Anm. 33 ff.).

Endlich muß es ein Geschäft mit festbestimmter Lieferungszeit oder mit festbestimmten Lieferungsterminen, also ein Fixgeschäft sein (über diese Begriffe siehe § 376). Anm. 5. Das letztere Erfordernis ist nach dem vom Reichsgericht aufgestellten Grundsatze (vgl. oben Anm. 3) überflüssig, wenn nur sonst erhellt, daß das Geschäft durch Schablonenhaftigkeit und Deckungsmöglichkeit geeignet ist, zum Börsenspiel benutzt zu werden. Ein Börsentermingeschäft liegt auch dann vor, wenn nicht eine den Umständen, d. h. der Individualität des Geschäfts angepaßte, sondern eine von vornherein festbestimmte Nachfrist vereinbart ist. Daher ist die zweitägige Nachfrist der Schlußscheine der Darmstädter Bank eine fixe Prolongation. Das Geschäft bleibt ein Börsentermingeschäft (RG. 44, 103). Die auf Grund des Schlußscheins der wiederhergestellten Berliner Produktenbörse (Abdruck bei Riesser 80) abgeschlossenen Geschäfte fallen dagegen nicht unter den Begriff des Börsentermingeschäfts. Sie lauten nicht auf eine festbestimmte Lieferzeit, sondern es muß der Nichtsäumige seinem Gegner eine angemessene Frist gemäß § 326 Abs. 1 BGB. gewähren. Wenn aber dieses Geschäft den Charakter der Schablonenhaftigkeit annimmt, die bereite Möglichkeit der Deckung und die Möglichkeit der Umgehung der Effektivverfüllung gewährt und das Publikum zum Börsenspiel heranzuziehen geeignet ist, so läßt sich die Anwendung der §§ 48, 66 BörsGes. nicht ablehnen; denn die Schlußscheine lauten jetzt schon auf bestimmte Mindestmengen und dienen einem börsenmäßigen Zeithandel mit typisch bestimmter Ware, zeigen also das Wesen des Schablonenhaften. Mit der Möglichkeit einer solchen Beurteilung rechnet auch die Begründung zur beabsichtigten Novelle S. 8 und der KommBer. S. 9. Dadurch, daß der Käufer das Recht hat, vor dem festen Lieferungstermin täglich nach seiner Wahl abzunehmen und Lieferung zu verlangen, ändert sich nichts (RG. 47, 112; Holdheim 03, 151).

Kassageschäfte mit der Nebenabrede, daß die Erfüllung bis Ultimo, d. h. bis zum Monatsende hinausgeschoben werden soll (sog. Kassalieferungsgeschäfte, Kassakontokorrentgeschäfte, Kontohandel) sind gleichfalls Börsentermingeschäfte. Die erfolgte Hinausschiebung der Erfüllung ist daher nicht als ein neues abgabepflichtiges Geschäft im Sinne des § 8 Abs. 2 RStempGes. anzusehen (RG. 45, 65). Ein solches Geschäft fällt, sobald anzunehmen ist, daß unter Zugrundelegung von Börsennotierungen abgeschlossen ist, die Lieferung auch zu genau bestimmter Zeit zu erfolgen hatte, samt Prolongation und Abwicklung unter den Begriff des Börsentermingeschäfts selbst dann, wenn in den Schlußnoten die allgemeinen Usancen für den Effektenhandel ausgeschlossen worden sind (RG. 58, 367). Es genügt, wenn ein Termingeschäft zu Börsenpreisen geschlossen ist; mögen dies Termin- oder Kassapreise gewesen sein (JW. 02, 638[22]; vgl. auch unten Anm. 8). Anm. 6.

ββ) Sie müssen nach Geschäftsbedingungen geschlossen sein, die von dem Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzt sind. Es genügen aber auch stillschweigend zugelassene Bedingungen, so daß also eine ausdrückliche Festsetzung der Preise nicht nötig fällt (RG. 42, 44). Es kann eine Notierung des Börsenpreises überhaupt fehlen (RG. 47, 112; Holdheim 02, 87). Es reicht hin, wenn der gemeine Preis zugrunde gelegt worden ist, zu dem die betreffende Ware damals an der in Frage kommenden Börse gehandelt worden ist (RG. 47, 113). Selbst wenn sich an der Börse infolge des Zusammentreffens und Zusammenwirkens der Börsenbesucher ein Preis gebildet hat (RG. 52, 180), oder wenn der Börsenpreis für Kassageschäfte oder der Preis einer anderen Börse, als der, an der der Abschluß erfolgte, dem Zeitgeschäft als Anhalt gedient hat, reicht es zur Erfüllung der Voraussetzungen eines Börsentermingeschäftes hin (RG. 47, 114; 52, 180; 58, 367). Weiteres in folg. Anm. Anm. 7.

γγ) Es muß eine amtliche Feststellung von Terminpreisen für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte dieser Art erfolgen. Aber eine ge- Anm. 8.

Digitized by Google

Ext. zu § 376. naue Übereinstimmung mit diesen Börsenpreisen braucht das Geschäft nicht zu zeigen und kann sich oft nicht zeigen (vgl. JW. 02, 638[22]). Hat sich eine Preisbildung aber völlig außerhalb der Börse vollzogen (RG. 52, 181), oder haben sich feste Kurse für das Zeitgeschäft überhaupt nicht gebildet und weichen die Preise des abgeschlossenen Zeitgeschäfts auch soweit von den Kursen für Kassageschäfte ab, daß diese Kurse bei der Preisbestimmung nicht mitgewirkt haben können, so fehlt es an dem Zusammenhang, der zu der Annahme erforderlich ist, es sei zu Terminpreisen abgeschlossen (RG. 52, 181; JW. 06, 147[25]).

Anm. 9. γ) Das Geschäft braucht nicht an der Börse oder zur Börsenzeit geschlossen zu sein (RG. 47, 112; JW. 02, 638[22]). Es kann auch im Inland zu den Geschäftsbedingungen auswärtiger Börsen (RG. 44, 52; JW. 03 Beil. 100[225]) oder im Ausland nach den Geschäftsbedingungen der ausländischen Börse geschlossen sein (§ 68 BörsGes.; RG. 43, 91; JW. 02, 638[22]; 03 Beil. 100[225]). Überall steht der Gesichtspunkt im Vordergrund, daß Umgehungsgeschäfte vom Gesetz erreicht werden sollen.

Anm. 10. δ) Endlich werden in gleicher Weise, wie die Börsentermingeschäfte selbst die Aufträge und Vereinigungen zum Abschluß von solchen behandelt (§ 66 Abs. 2 BörsGes.). Durch die Aufträge sollen vornehmlich die Kommissionsgeschäfte getroffen werden. Wenn nicht Kommittent und Kommissionär eingetragen sind, erzeugt der Auftrag keinerlei Wirkung. Es kann aber der Kommissionsauftrag hiernach ungültig, das Ausführungsgeschäft gültig sein und umgekehrt. Unwirksam sind nur der Auftrag zum Abschluß von Börsenterminggeschäften, die dafür bestellten Sicherheiten, die Anerkenntnisse usw. (§ 66 Abs. 2 u. 3; RG. 49, 61). Der Auftrag zur Bürgschaftsleistung oder Verpfändung einer fremden Schuld kann aber, obgleich der Bürge und Verpfänder ebenso wie der Hauptschuldner die Einrede eines mangelnden Schuldverhältnisses nach § 66 vorschützen darf, doch wirksam sein; nämlich dann, wenn der Bürge oder Verpfänder zur Leistung genötigt war, z. B. nach ausländischen Gesetzen (RG. 52, 364). Auch der Auftrag, den Gläubiger aus einem Börsentermingeschäft zu befriedigen oder ihm Einschüsse zu leisten, ist vollwirksam, wenn der Auftrag vor dem Widerruf ausgeführt worden ist. Der Auftraggeber ist dann ersatzpflichtig (vgl. RG. 45, 160). Nur darf nicht der Auftrag selbst wieder ein verdecktes Börsentermingeschäft mit dem Beauftragten sein. Zu den Vereinigungen gehören insbesondere die Gelegenheitsgesellschaften zum Abschluß solcher Geschäfte. Vereinigungen zum Abschlusse von Börsentermingeschäften sind also nur gültig, wenn die Gesellschafter in das Börsenregister eingetragen sind. Ob die von der Gesellschaft geschlossenen Börsentermingeschäfte ungültig sind, ist eine andere Frage. Getroffen ist auch eine stille Gesellschaftsbeteiligung beim Geschäftsbetrieb eines Bankiers, wenn sie zum Abschluß von Börsenterminggeschäften erfolgt (Mot. 51). Ebenso sind offene Handelsgesellschaftsverträge, welche diesen Zweck verfolgen, ungültig, bzw. insoweit ungültig, als sie diesen Zweck verfolgen. Hier genügt es für die Gültigkeit der Vereinigung, wenn die offene Handelsgesellschaft in das Börsenregister eingetragen wird.

Anm. 11. ε) Dagegen ist ein Darlehn zum Zwecke des Abschlusses von Börsenterminggeschäften nicht immer ungültig (s. unten Anm. 80, besonders auch über Scheindarlehen).

Anm. 12. 2. **Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen kommen die Sondervorschriften des Börsengesetzes über die Wirksamkeit und Unwirksamkeit von Börsentermingeschäften in Geltung.**

a) Ist ein Teil in das Börsenregister nicht eingetragen, so wird ein Schuldverhältnis nicht begründet. Auch die bestellten Sicherheiten und abgegebenen Schuldanerkenntnisse sind unwirksam, und nur eine Rückforderung dessen, was bei oder nach völliger Abwicklung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, findet nicht statt. Gegenüber dem § 66 BörsGes. nützt der Einwand nichts, daß der Nichteingetragene beim Geschäftsabschluß die Absicht gehabt habe, im Falle des Verlustes keine Zahlung zu leisten (v. Liszt in BankA. 06, 73).

Anm. 13. σ) Demgemäß können Ansprüche aus solchen Geschäften weder eingeklagt noch zur Aufrechnung benutzt werden. Es gibt keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Digitized by Google

Auch Auslagen können nicht ersetzt verlangt werden (z. B. Stempel und Provisionen; Erk. zu RG. in OLGR. 1, 374). Der Kommittent kann seine Vorschüsse und, was er sonst gezahlt hat, vom Kommissionär zurückfordern, selbst wenn der Kommissionär das Erhaltene an den Gegenkontrahenten des Kommittenten abgeführt hat. Denn er hat in eigenem Namen abgeschlossen und muß das Gezahlte als an sich gezahlt gelten lassen (RG. 49, 62; 51, 156; JW. 02, 547[18]). Der § 818 Abs. 3 BGB. greift nicht Platz (dagegen Staub DJZ. 03, 19). Daß der Kommissionär sich beim Selbsteintritt den Register- und Spieleinwand gefallen lassen muß, ist ohnehin selbstverständlich (RG. 34, 91). § 376.

Pfänder und Pfanderträge können zurückgefordert werden (vgl. RG. 30, 214; 37, 416; 38, 238; vgl. RG. 35, 289). Werden aber Pfänder mit Einwilligung des Schuldners veräußert und der Erlös mit seiner Einwilligung zur Deckung verwendet, so liegt Leistung zum Zwecke der Erfüllung vor und diese kann nicht zurückgefordert werden. Hypotheken, bestellt für Börsenterminschulden, sind ungültig (JW. 00, 495[7]); aber dem dritten redlichen Erwerber kann der Einwand nicht gemacht werden (§ 1138 BGB.). Auch ein gezahlter „Einschuß" kann zurückgefordert werden, er mag als Sicherheit oder als Vorschußzahlung geleistet sein. Denn in keinem Falle ist dies eine Leistung bei oder nach abgewickeltem Geschäft (vgl. RG. 38, 232; vgl. auch oben Anm. 10).

Bürgschaften für solche Geschäfte sind ungültig (RG. 37, 216; 38, 238; 52, 364; § 349 Anm. 2; vgl. aber auch oben Anm. 10).

β) Auch eine Schuldübernahme vermag dem ungültigen Börsentermingeschäft keine Wirksam- Anm. 14.
keit zu verleihen. Man kann nicht sagen (wie Trumpler ZHR. 50, 474 u. 487; Silberschmidt in Holdheim 14, 174; Cosack § 116), es erkläre ein Dritter die Börsenterminschuld selbständig und losgelöst von dem ursprünglichen Börsentermingeschäft als seine Schuld. Eine Schuld, die nie bestanden hat, kann auch nicht übernommen werden. Denn mit der Schuldübernahme verspricht der Übernehmer eine fremde Schuld in dem bestehenden Umfange zu bezahlen. Auch widerspricht dem Begriff der Schuldübernahme ein Verzicht auf die dem ursprünglichen Schuldner zustehenden Einreden (so auch Endemann I § 152 1b).

γ) Auch das Anerkenntnis macht die Schuld nicht gültig, selbst wenn es schriftlich Anm. 15.
abgegeben ist (JW. 04, 124[31]). Das ungültige Börsentermingeschäft wird auch nicht durch ein abstraktes Schuldversprechen oder Anerkenntnis nach §§ 780, 781 BGB. wirksam; denn es würde darin eine Umgehung des § 66 und beim Differenzgeschäft eine Umgehung des § 762 BGB. liegen (RG. in Holdheim 14, 194). Daß solche Vereinbarungen gerade die Gesetzesumgehung zum Zweck gehabt haben müßten, ist (gegen OLG. Stuttgart 6, 100) nicht zu fordern; sie sind schon ohnedies ungültig. Was aber auf die Anerkenntnisschuld gezahlt worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.

αα) Das Anerkenntnis eines Kontokorrentsaldos macht an sich keine Ausnahme. Anm. 16.
Wird aber das Saldo anerkannt, so hat einmal eine wie Erfüllung wirkende Aufrechnung stattgefunden, sodann liegt aber auch ein abstraktes Schuldanerkenntnis vor (Näheres hierüber § 355 Anm. 7 u. 30 und im folgenden). Soweit sich Debet- und Kreditposten ausgleichen, findet eine Zurückforderung nicht statt; die Posten sind durch Aufrechnung getilgt (JW. 97, 603[26]; 02, 189[32] u. [33]). Ergibt sich ein Passivsaldo, so liegt in dessen Anerkennung allerdings ein Schuldanerkenntnis, das aber wirkungslos ist (JW. 00, 444[20]; RG. in Holdheim 03, 95). Streitig ist, welche Wirkung das Anerkenntnis eines Passivsaldos hat, wenn in der Kontokorrentrechnung sowohl Schulden aus ungültigen, aber erfüllungsfähigen Börsentermingeschäften (ihnen stehen Differenzgeschäfte hier gleich) als auch sonstige Schulden gewöhnlicher Art enthalten sind. Die frühere Auflage (ebenso Heilbrunn in Holdheim 14, 228) nahm nach § 139 BGB. die Ungültigkeit der ganzen Kontokorrentrechnung mit der Wirkung an, daß nur die gültigen Posten in Rechnung zu stellen sind, die ungültigen Posten dagegen hinwegfallen. Eine zweite Ansicht erblickt in der Saldoziehung eine völlige Abwicklung gemäß § 66 Abs. 4 BörsGes., so daß Einreden aus den dem Saldo zugrunde liegenden Posten ausgeschlossen sind (OLG. Breslau in BankA. 2, 157;

Digitized by Google

Erk. zu § 376. Lehmann-Ring §§ 355—57 Note 30). Dem wird von anderer Seite hinzugefügt, daß eine Ausscheidung der von der Aufrechnung ergriffenen Posten rechtlich unmöglich sei (Regelsberger in JheringsJ. 46, 27; aber anders ebenda 49, 407). Nach einer dritten Meinung liegt in Zusendung des Kontokorrentauszugs der Antrag des Termingläubigers, die Börsentermingeschäfte gegeneinander, den verbleibenden Rest aber auf die gültigen Posten aufzurechnen (Danz in BankA. 4, 77 u. 146; dageg. Heilbrunn in Holdheim 14, 229).

Nach einer vierten vom Reichsgericht (RG. 56, 23; 59, 23; JW. 05, 186[39]; 04, 76[52]; 03, 434[9]; Holdheim 03, 94) gebilligten Ansicht besitzt die Feststellung und Anerkennung eine doppelte Bedeutung; nämlich einmal die Bedeutung eines Anerkenntnisses des gefundenen Saldos als Schuld nach §§ 781, 782 BGB. und dann die Bedeutung einer Aufrechnung der Einzelposten. Denn in Eingehung des Kontokorrentvertrags liegt die Vereinbarung, daß nach Ablauf einer Rechnungsperiode die Einzelposten durch Aufrechnung getilgt werden sollen. Durch Feststellung des Saldos wird diese Aufrechnung nach Abwicklung der Geschäfte vorgenommen, somit eine Erfüllung durch Aufrechnung im Sinne des § 64 Abs. 4 BörsGes. bewirkt. Also steht diese vertragsmäßige Aufrechnung der Zahlung gleich, ist völlig wirksam und bedarf keiner Form nach § 782 BGB. (RG. 38, 240; JW. 03, Beil. 35[78]). Das Saldoanerkenntnis dagegen ist nach § 66 Abs. 3 BörsGes. (bei Differenzgeschäften nach §§ 762 Abs. 2, 764 BGB.) ungültig. Die vertragsmäßige Aufrechnung tilgt somit die zwar klaglose, aber erfüllungsfähige Verbindlichkeit aus einem nicht verbotenen Börsentermingeschäft (oder Differenzgeschäft). Diese Ansicht ist auch in der Literatur die herrschende geworden (Greber, das Kontokorrentverhältnis 93, S. 103ff.: Trumpler ZHR. 50, 488; Düringer-Hachenburg § 376, S. 260d; Sievers DJZ. 05, 109, Weißbart JW. 05, 311; dageg. Neander-Müller BankA. 3, 23 u. 88; Heilbrunn in Holdheim 14, 228). Aus dieser nun auch hier vertretenen Ansicht ergibt sich folgendes:

Anm. 17. *ββ*) Zur Herbeiführung einer wirksamen Aufrechnung genügt nicht die einseitige Aufnahme von Börsenterminschulden und der aufzurechnenden Gegenposten seitens des Termin- oder Spielgläubigers, sondern es muß die Genehmigung des Termin- oder Spielschuldners hinzutreten. Der einfache Widerspruch des letzteren verhindert die Aufrechnung (JW. 02, 189[32] u. [38]). Die Genehmigung liegt aber in der Genehmigung der Ergebnisse der Saldoziehung durch den Termin- oder Spielschuldner (RG. 56, 19; JW. 03, 434[9]; 04, 76[52]). Den Parteien ist es unbenommen, einzelne Posten, z. B. solche, für die Sicherheiten gegeben sind, auszuscheiden. Solange also das Ergebnis der Saldoziehung nicht festgestellt ist, hat keine Aufrechnung stattgefunden. Die klaglosen Börsentermin- und Spielschulden scheiden einfach auf beiden Seiten aus. Ist die Saldoziehung aber einmal festgestellt, so umfaßt die Kontokorrentrechnung und die Aufrechnung auch die geleisteten Einschüsse; denn sie sind nur Aktivposten zur Herabminderung des Debets (RG. 38, 232; 56, 23). Die so erzielte Aufrechnung umfaßt sämtliche im Kontokorrent aufgenommenen Börsentermin- und Spielgeschäfte, die aber so vollkommen abgewickelt sein müssen, daß keinerlei Verbindlichkeit des Termin- oder Spielschuldners aus diesen Geschäften mehr übrig bleibt. Nur dann kann man von einer Heilung durch Erfüllung reden (RG. 47, 52 und Holdheim 13, 131). Nicht entscheidend ist aber, ob auch das Gegengeschäft des Börsentermin- oder Spielgeschäfts in dem Saldoabschluß erledigt wurde (JW. 02, 189[38]) noch auch, daß einzelne Geschäfte prolongiert worden sind. Denn nicht die wirtschaftliche Einheit, sondern die rechtliche Selbständigkeit des einzelnen Geschäfts gibt den Ausschlag. Prolongation auf den folgenden Ultimo ist ein neues Geschäft unter Abwicklung des alten (RG. 44, 54; JW. 02, 189[38]) und zwar auch dann, wenn kein Reportgeschäft vorliegt (dageg. Bondi 19, 145; in Holdheim 6, 138; Trumpler in ZHR. 50, 490; vgl. RG. 28, 25; JW. 93, 447[7] u. 312[25]). Die Vorauszahlung einer Vorprämie ist dagegen keine Leistung, die nach völliger Abwicklung gemacht wäre (Erk. zu § 348 Anm. 7).

Anm. 18. *γγ*) Liegt danach eine nach Abwicklung der Börsentermin- oder Spielgeschäfte erfolgte Kontokorrentaufrechnung vor, so sind, wenn Kredit- und Debetseite sich

Digitized by Google

zahlenmäßig ausgleichen, alle gegenseitigen Ansprüche erledigt. Ergibt sich für den Termin- Erk. zu
schuldner ein Aktivsaldo, weil ihm aus anderen Geschäften als Börsenterminge- § 376.
schäften Aktivposten entstanden sind, so ist das Aktivsaldo vollwirksam, weil der Termin- oder Spielgläubiger durch die festgestellte Saldoziehung die Aufrechnung vollzogen hat. Bei Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs bildet dieses in neue Rechnung vorgetragene Aktivsaldo einen unanfechtbaren Posten. Hat sich für den Terminschuldner bei der Saldoziehung ein Passivsaldo ergeben, so muß, da die Saldoanerkennung unwirksam ist, die Aufrechnung aber als Erfüllung wirkt, ermittelt werden, welcher Teil des Passivsaldos auf Börsentermingeschäfte entfällt, soweit diese nicht durch Aufrechnung getilgt sind. Da die Parteien aufrechnen wollen, über die Art der Aufrechnung aber nichts bestimmt haben, so kommen die §§ 366 Abs. 2, 387, 389, 396 BGB., d. h. die gesetzlichen Aufrechnungsregeln zur Anwendung. Diese führen zur verhältnismäßigen Aufrechnung auf den Schluß der Rechnungsperiode in der Weise, daß alle Forderungen des Terminschuldners einschließlich der aus Börsenterminggeschäften mit Zinsposten als Einheit auf alle seine Schulden einschließlich derer aus Börsenterminggeschäften mit Zinsen (die andere Einheit) verhältnismäßig verrechnet werden. In diesem Verhältnis sind die Schulden durch Aufrechnung getilgt. In demselben Verhältnis setzt sich der Passivsaldo aus aufgerechneten, also getilgten, und nicht aufgerechneten, also ungetilgten Schulden, zusammen. Insoweit der Saldo danach nicht aufgerechnete Teile der (ungültigen) Börsenterminggeschäfte enthält, ist der Saldo unwirksam (RG. 56, 23; 59, 192; JW. 03, 434[9] u. 76[22]; 05, 93[46] u. RG. in BankA. 3, 96; 4, 76; Holdheim 14, 194). Ist der Saldoschuldner z. B. dem Bankier 150000 Mk., nämlich 60000 Mk. aus Darlehn und 90000 Mk. aus Börsenterminggeschäften schuldig, hat aber an den Bankier aus Börsenterminggeschäften 100000 Mk. zu fordern, so sind auf diese Aktiven von 100000 Mk. die Passiven mit 150000 Mk. im Verhältnis von 100000 : 150000 d. i. im Verhältnis von 2 : 3 aufzurechnen. Danach ist das Darlehn von 60000 Mk. zu $^2/_3$, also zu 40000 Mk., die Terminsschuld von 90000 Mk. zu $^2/_3 = 60000$ Mk. getilgt. Der Saldo von 50000 Mk. setzt sich somit aus 60000 — 40000 = 20000 Mk. ungetilgtem Darlehn und aus 90000 — 60000 = 30000 Mk. ungültigen Börsenterminschulden zusammen, ist also nur für 20000 Mk. Darlehn klagbar (vgl. RG. 59, 192; weitere Beispiele bei Weißbart JW. 05, 312; Hagens DJZ. 05, 110). Ist der erste der Kontokorrentrechnung vorgetragene Posten ein solcher Schlußsaldo des Terminschuldners aus einer vorhergehenden Kontokorrentperiode, so ist dieser Saldo in derselben Weise rechnungsmäßig aufzulösen, selbst wenn so bis zum Anfang der Geschäftsverbindung zurückzugehen ist. Erst wenn so feststeht (vgl. auch unten Anm. 47), wieviel an gültiger Schuld in dem letzten anerkannten Schlußsaldo enthalten ist, läßt sich ermitteln, ob die Kreditierungen der noch laufenden Periode die gültige Schuld völlig zur Erlöschung gebracht haben (JW. 05, 186[39]; Holdheim 14, 194). Diese Verrechnungsart hat allerdings das Ergebnis, daß der Terminschuldner ungültige Forderungen aus Börsenterminggeschäften zur Aufrechnung gegen unstreitig gültige Schulden (in obigem Beispiel gegen die Darlehensschuld) teilweise verwendet. Dagegen läßt sich nicht mit einer exc. doli generalis aufkommen, mit der Begründung, daß der Terminschuldner mit einer Forderung aufrechne, für die er keine Gegenleistung gemacht habe (so Weißbart in JW. 05, 313). Denn das Börsenterminggeschäft hat seine Grundlage nicht in effektiver Lieferung.

Bisher ist immer unterstellt, daß in den Kontokorrent nur klaglose Börsentermin- Anm. 19.
geschäfte oder Differenzgeschäfte mit gültigen Geschäften untermischt sind. Es ist also der Fall bis dahin völlig ausgeschieden, daß sich im Kontokorrent auch Posten aus verbotenen Börsenterminggeschäften finden. Diese Posten können nicht durch Aufrechnung getilgt werden. Hierüber Näheres unten Anm. 46 u. 47.

δ) Eine Umwandlung der Börsenterminschuld in eine Schuld anderer Art ist ungültig, also Anm. 20.
auch die Umwandlung in eine Darlehnsschuld. Denn auch § 607 Abs. 2 BGB. setzt voraus, daß eine Schuld besteht. An einer Schuld fehlt es hier aber gerade. So nützt

Digitized by Google

Ext. zu § 376. es auch hier nichts, wenn der Schuldner vom Gläubiger ein Darlehn erhält, um damit seine Schuld an den Gläubiger zu decken (JW. 02, 369[84]; vgl. unten Anm. 80), oder wenn der Schuldner dem Gläubiger eine auf diesen ausgestellte Hypothek an Zahlungsstatt gibt, so daß der Schuldner noch persönlich verpflichtet bleibt (RG. 47, 52). Anders wenn er ihm eine zu seinen Gunsten ausgestellte Hypothek an Zahlungsstatt übergibt, so daß der Schuldner frei wird. Das ist Erfüllung.

Anm. 21. ε) Nur das kann nicht zurückgefordert werden, was bei oder nach völliger Abwicklung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist. Als Leistung zur Erfüllung gilt außer der Barzahlung jede andere Erfüllung, wenn sie als solche angenommen wurde, insbesondere auch die Hingabe an Zahlungsstatt (RG. 35, 197) und Zahlung durch den Bürgen (RG. 47, 52); ferner auch der Fall, in dem der Schuldner dem Gläubiger nach Abwicklung des Geschäfts Sachen oder Wertpapiere gibt, damit er sie veräußere und den Erlös auf die Schuld verrechne, aber nicht, wenn auf die Depots Vorschüsse gegeben und diese gegen die Verluste aufgerechnet werden sollen (RG. 47, 52; JW. 97, 608[26]). Auch die vollzogene Aufrechnung oder Verrechnung hat alle Wirkungen einer Zahlung (RG. 35, 288; JW. 02, 96, 661[19], 189[32 u. 33]); aber nur die nach erledigtem Geschäft vereinbarte Aufrechnung oder Abrechnung nach § 782 BGB., die nicht durch eine im voraus getroffene Abrede, der Schuldner solle das im voraus dem Gläubiger gegebene Geld als Zahlung gelten lassen, ersetzt werden kann (RG. 38, 238; JW. 03 Beil. 34[72]). Die einseitig erklärte Aufrechnung ist also wirkungslos (RG. 44, 55). Wirksam ist jedoch die nach eingetretenem Verlust getroffene Abrede, daß eine bereits entstandene bestimmte Termin- oder Spielschuld mit einer erst künftigen, aber in der Entstehung begriffenen Gegenforderung aufgerechnet werden soll (JW. 97, 608[26]). Unter völliger Abwicklung ist nicht (wie meistens angenommen wird; vgl. Zadig, Der Terminhandel usw.) der Zeitpunkt zu verstehen, in dem das Geschäft beiderseits vollständig erfüllt ist. Denn nach diesem Zeitpunkt kann nichts mehr geleistet werden. Es muß also ein früherer Zeitpunkt gemeint sein. Es kann nur der Zeitpunkt gemeint sein, in dem es sich nur noch um einen Geldanspruch handelt, während die Lieferung bereits erfolgt ist oder sich durch Realisierung oder Schadensberechnung erledigt hat. Mit anderen Worten: die Terminspekulation muß durch Abschluß eines Gegengeschäfts unter denselben Parteien zum Abschluß gebracht sein, oder, es muß ohne Abschluß eines Gegengeschäfts feststehen, daß der Verkäufer nunmehr zu liefern, der Käufer den Kaufpreis oder die Differenz zu zahlen hat (JW. 03 Beil. 46[103]). In dieser Weise kann auch ein Teil des Geschäfts „völlig abgewickelt" sein. Wenn der Bankier die Stücke angeschafft und der Kunde einen Teil des Kaufpreises bezahlt hat, der Rest ihm aber gestundet worden ist und der Bankier für diesen gestundeten Rest die Stücke im Depot behält, so ist bei Abwicklung des Geschäfts gezahlt; es besteht nur noch ein Geldanspruch. Wenn dagegen der Bankier den Kunden zwar auf Stückkonto erkannt, ihm aber die Stücke nicht übergeben oder sonst übereignet hat, sondern nur ein Anspruch des Kunden an den Bankier auf Lieferung der Stücke besteht, so ist das Geschäft noch nicht abgewickelt. Papiere, die der Kunde dem Bankier übergibt, damit dieser sie per ultimo verkaufe oder sich sonstwie aus ihnen befriedige, sind nicht zur Abwicklung des Geschäfts gegeben. Solche Papiere kann der Kunde zurückfordern; das ist aber wiederum anders, wenn der Kunde nach Abwicklung den Verkauf zu dem angegebenen Zweck genehmigt (JW. 96, 660[19]).

Was vor Abwicklung des Geschäftes gegeben ist, kann auch dann zurückgefordert werden, wenn nachher abgewickelt worden ist, soweit nicht in der nachträglichen Abwicklung gültige Erfüllungshandlungen liegen. Letzteres ist z. B. der Fall bei Zahlungen, die im Lauf des Kontokorrents gemacht worden sind. Diese werden zur Leistung im Augenblick der Saldofeststellung durch Aufrechnung (oben Anm. 16ff.). Über Zahlung einer Vorprämie siehe Ext. zu § 348 Anm. 7 und über Prolongationen oben Anm. 17. Was vor Abwicklung des Geschäfts geleistet ist, kann unter dem Gesichtspunkt der Bereicherung zurückgefordert werden (§ 812 HGB.; RG. 51, 361).

Digitized by Google

5) Bei Wechseln (Lit.: Nissen JW. 01, 884) muß unterschieden werden: Exk. zu § 376.

Werden sie als Einschuß oder Vorschuß oder zur Sicherheit gegeben, so können sie zurückgefordert werden. Der Wechselklage kann der Einwand aus Art. 82 WO. entgegengesetzt werden, wenn dessen Voraussetzungen vorhanden sind. Der Schuldner kann sein Wechselakzept jederzeit zurückfordern (RG. 51, 359), wenn nicht der Wechselgläubiger den Beweis der Eintragung in das Börsenregister erbringt (RG. bei Holdheim 14, 21). Ob der Wechsel zahlungshalber oder an Zahlungsstatt gegeben worden, ist einerlei (RG. i. DJZ. 03, 526). Daß zahlungshalber gegebene Wechsel nur unwirksame Anerkenntnisse und keine Leistungen sind, wurde immer angenommen (JW. 00, 448[26]; Bolze 20 Nr. 526). Daß an Zahlungsstatt gegebene Wechsel als wirkliche Zahlung gelten, ist früher (RG. 35, 197) angenommen worden. Allein die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit ist lediglich ein Anerkenntnis — sei es im Sinne des § 66 Abs. 4 BörsGes., sei es im Sinne des § 762 BGB. Die Zahlung durch Wechsel ist keine unwiderrufliche. Sie wird erst zur unwiderruflichen und damit zu einer Leistung, wenn zur Zeit der Zahlung des Wechsels die Einwilligung des Termin- oder Spielschuldners vorhanden ist und die Zahlung so erfolgt, daß eine völlige Tilgung ohne Rücklassung irgendwelcher Verbindlichkeiten des Termin- oder Spielschuldners stattfindet (RG. 47, 52; JW. 96, 421; 04, 124[31]). So gestaltet sich die Rechtslage, wenn die dem Gläubiger ausgestellten oder akzeptierten Wechsel nur die Unterschrift des Schuldners tragen, oder wenn der Schuldner den auf einen Dritten gezogenen Wechsel an den Gläubiger indossiert. Trägt der Wechsel aber auch fremde Unterschriften, so hat eine Leistung zur Erfüllung im Sinne des § 66 BörsGes. stattgefunden. Das eigene Giro des Schuldners hat zwar keine verpflichtende Kraft, aber die übertragende Wirkung des Giro bleibt bestehen (RG. bei Holdheim 04, 27 u. 131). Anm. 22.

Wird der zahlungshalber oder an Zahlungsstatt gegebene Wechsel mit lediglich eigener Unterschrift vom Schuldner freiwillig eingelöst, so liegt nunmehr eine Leistung zur Erfüllung des Geschäfts vor, aber auch wenn er an dritte redliche Erwerber notgedrungen gezahlt hat, kann das Gezahlte vom Terminschuldner nicht zurückgefordert werden; denn auch hier liegt Leistung zur Erfüllung des Geschäfts vor. Solche Wechseleinlösung ist wirkliche Zahlung (RG. 35, 196; 47, 50; JW. 96, 420[58] u. 421[59]). Nur muß die Sache so liegen, daß der Wechselgeber nicht nur zur Zeit der Weiterbegebung des Wechsels durch den Wechselnehmer (denn weiterbegeben darf der Gläubiger den Wechsel, wenn es ihm nicht untersagt ist; RG. 35, 196; 47, 51), sondern auch zur Zeit der Zahlung mit der Befriedigung des Termingläubigers einverstanden war. Auch die Akzepthingabe an Zahlungsstatt ist noch keine Zahlung, und der Wechselnehmer kann, wenn die Zahlung ohne seine Schuld nicht eingeht, immer auf die ursprüngliche Forderung zurückgreifen. Deshalb kommt es auf die Gültigkeit der Forderung an, ob der Wechselnehmer den Wechsel und das mit seiner Hilfe Erlangte behalten darf. Ist die ursprüngliche Forderung ein Börsentermingeschäft, so ist sie klaglos und wird durch die Akzepthingabe nicht klagbar. Der Wechselnehmer muß daher das Akzept und den daraufhin eingezogenen Geldbetrag nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben; es wäre denn, daß der Wechselgeber noch im Zeitpunkt der Zahlung mit dieser einverstanden war (RG. 51, 361; a. M. 6./7. Aufl.). Gerät der Wechselgeber vor diesem Zeitpunkt in Konkurs, so bedarf es des Einverständnisses des Konkursverwalters (RG. bei Holdheim 8, 189; a. M. 6./7. Aufl.). Hat der Wechselnehmer den Wechsel weiterbegeben, um dem Terminschuldner den Register- oder Differenzeinwand abzuschneiden, so macht er sich wegen Verstoßes gegen die guten Sitten schadensersatzpflichtig (§ 826 BGB.; RG. 51, 360). Läßt der Terminschuldner die Ansprüche aus dem Wechsel gegen sich von einem Indossatar der Termingläubiger durchführen, ohne von dem Wechselempfänger die Rückgabe des Wechsels zu verlangen, so wird freiwillige Erfüllung unterstellt. Die Zahlung ist wirksam erfolgt (RG. bei Holdheim 13, 27). Hatte der Terminschuldner einen Dritten beauftragt, seine Schuld an den Termingläubiger zu bezahlen, hat dieser sodann den Auftrag ausgeführt und dafür vom Schuldner dessen Akzept Anm. 23.

Digitized by Google

Exk. zu § 376. erhalten, so besteht ein klagbarer Anspruch des Beauftragten; anders, wenn der Dritte ohne Auftrag zahlte und sich das Akzept als Vertreter des Termingläubigers geben ließ (RG. 45, 158).

Anm. 24. Wird ein vorschußweise oder zur Sicherheit gegebener Wechsel nach erledigtem Geschäfte freiwillig bezahlt, so liegt wirkliche Zahlung vor. Wird er aber notgedrungen an den redlichen Erwerber bezahlt, sei es vor oder nach erledigtem Geschäfte, so kann der Gezahlte zurückgefordert werden. Denn in diesem Falle lag in der Hingabe des Wechsels keine bedingte Leistung nach erledigtem Geschäft, sondern eben nur ein Vorschuß oder eine Sicherung vor. Steht dem Schuldner im Wechselverhältnis noch der ursprüngliche Gläubiger, dessen Inkassomandatar oder ein unredlicher Indossatar gegenüber, so schützt ihn eine Einrede nach Art. 82 WO. (hierüber § 364 Anm. 14—16; Bolze 10 Nr. 365 d u. f). Zu bemerken ist, daß in dem Falle, wenn der Aussteller oder Girant einen auch mit fremder Unterschrift versehenen Wechsel zahlungshalber gibt, die Hingabe keine Wirkung hat, so daß auch der Dritte dem Termingläubiger gegenüber den Einwand erheben kann, es fehle an einem Wechselbegebungsvertrag; denn § 66 Abs. 3 findet Anwendung. Hat der Termingläubiger den zahlungshalber empfangenen Wechsel aber weiterbegeben, so kann dem Dritten nur noch eine exc. doli helfen (§ 364 Anm. 14).

Anm. 25. Von Verpflichtungsscheinen gilt das Entsprechende.

Anm. 26. η) Ein Rückforderungsrecht aus sonstigem Grunde ist auch hinsichtlich dessen zulässig, was bei oder nach völliger Abwicklung des Geschäfts gezahlt ist. Z. B. wegen Irrtums oder Betrugs. So kann der Prinzipal das nach Abwicklung des Geschäfts an seinen Handlungsgehilfen und Börsenvertreter Gezahlte zurückverlangen, wenn dieser unter falschem Namen mit ihm das Börsentermingeschäft gemacht hat. Denn nur durch arglistige Täuschung (§ 823 BGB.) hat der Handlungsgehilfe unter Verletzung seiner Dienstpflicht das Geschäft zustande gebracht und den Gewinn erlangt (RG. 45, 31). Zurückforderung, die lediglich darauf gestützt wird, daß man nicht gewußt hat, es lägen ungültige Börsentermingeschäfte vor, ist nicht begründet, und zwar schon nach § 66 Abs. 4, außerdem aber auch nach § 814 BGB.

Anm. 27. ϑ) Auch ein Vergleich über eine Börsenterminschuld ist unwirksam (Bolze 20 Nr. 526; RG. 37, 417; 47, 52). Selbst ein gerichtlicher Vergleich über eine solche Schuld ist nichtig, wenn der Börsentermingeschäftscharakter im Prozesse nicht zur Sprache kam (RG. 37, 418). Dies bezieht sich nur auf solche Vereinbarungen, bezüglich deren kein Streit darüber besteht oder doch vernünftigerweise nicht bestehen kann, daß es Termin- oder Spielschulden sind; wenn also der Vergleich nur etwa das Zustandekommen des Abschlusses (JW. 01, 621[13]) oder die Art und Weise der Erfüllung (JW. 97, 608[26]) betrifft. Mit anderen Worten: wenn die Parteien sich über Punkte verglichen haben, die auch bei klagbaren Geschäften Gegenstand von Streitigkeiten bilden können. Der Vergleich ist ebenfalls unbeachtlich, wenn er nur die Form abgeben sollte, in welche das Anerkenntnis einer Börsentermin- oder Spielschuld eingekleidet wurde. War aber gerade die Gültigkeit der Geschäfte Gegenstand des Streits oder der Ungewißheit, und wurde darüber ein ernstlicher Vergleich geschlossen, so ist der Vergleich gültig, mag er nun auch äußerlich die Form eines abstrakten Anerkenntnisses oder Schuldversprechens tragen. Denn die Vorschrift, daß auch Anerkenntnisse und Schuldversprechen unwirksam sind, bezieht sich nur auf solche Vereinbarungen, die eine Gesetzesumgehung bezwecken (vgl. RG. 49, 192; JW. 01, 621[18]; 02 Beil. 264[191]; Stuttgart OLGR. 2, 211). Gegen einen solchen Vergleich kann man nicht mit einem Einwand des Irrtums nach § 779 BGB., noch mit einer Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB. aufkommen, weil gerade die Ungewißheit der Klagbarkeit durch den Vergleich erledigt werden sollte (vgl. RG. 54, 165 u. JW. 05, 689[11]). Wer die Gültigkeit des Vergleichs behauptet, muß darlegen, daß die Parteien in Wirklichkeit über die Gültigkeit der Abschlüsse gestritten haben, und daß der Vergleich selbst nicht nur die Höhe der Forderung oder deren Erfüllung betraf, sondern gerade zur Beilegung jenes Streits geschlossen worden ist. Einer

Digitized by Google

Form bedarf ein solcher Vergleich nicht (s. auch § 782 BGB. u. § 350 Anm. 2 u. 3). Das auf Grund des Vergleichs Geleistete kann natürlich keinesfalls zurückgefordert werden. Davon gilt das oben Anm. 21 Gesagte. Auch soweit in dem Vergleiche etwas anderes als eine Anerkennung, z. B. ein Verzicht liegt, ist er gültig. Ebenso ist eine im Vergleich liegende Verrechnung gültig, sofern nicht die Verrechnung selbst etwa deshalb ungültig ist, weil, wie das häufig in solchen Fällen geschieht, zunächst ein Terminschuldsaldo anerkannt und gegen dieses dann aufgerechnet wird. In den letzteren Fällen ist die Verrechnung ungültig, weil nur gegen eine wirkliche Forderung aufgerechnet werden kann, der anerkannte Terminschuldsaldo aber keine wirkliche Forderung ist, auch nicht etwa als Terminschuld gilt, die der Tilgung durch Verrechnung fähig wäre. Sind hiernach einzelne Bestandteile des Vergleichs gültig, andere ungültig, so findet nicht § 139 BGB. Anwendung, sondern es gelten die oben Anm. 16 ff. dargestellten Grundsätze. Eine Aufrechnung ist nur gültig nach den in Anm. 21 dargestellten Grundsätzen. — Ferner ist die bei Schließung eines Börsentermingeschäftes getroffene Vereinbarung, daß ein bestimmtes Rechtsmittel, z. B. die Revision, ausgeschlossen wird, ungültig, weil das ganze Geschäft ungültig ist (RG. 36, 423). Erl. zu § 376.

*) Auch das ergangene schiedsgerichtliche Urteil kann mit dem Einwande aus § 66 angefochten werden, weil er sich als Geltendmachung der Nichtigkeit des ganzen Vertrages, von welchem der Schiedsvertrag rechtlich nicht zu trennen ist, darstellt (RG. 27, 379; 31, 398). Auch § 28 BörsGes., der die Unterwerfung unter ein Schiedsgericht vorsieht, läßt sich nicht entgegenhalten, weil dort ein gültiger Schiedsvertrag vorausgesetzt wird (RG. 56, 22). Auch nützt die Aufnahme einer Schiedsgerichtsklausel in die Geschäftsbedingungen nichts, weil die Gültigkeit der jeweiligen Vereinbarung eines Schiedsgerichts von der Gültigkeit und Rechtswirksamkeit des Hauptgeschäfts abhängt und dessen rechtliches Schicksal teilt (RG. 43, 408; 58, 155; JW. 04, 76[52]; 05, 401[25]). Allerdings ist die Einrede der Unzulässigkeit des Schiedsvertrags verzichtbar. Hat aber der Schuldner die Einrede rechtzeitig vorgeschützt, so liegt in einem Weiterverhandeln vor dem Schiedsgericht noch kein Verzicht (JW. 05, 401[28]); noch weniger liegt ein solcher Verzicht darin, daß der Schuldner sich überhaupt auf das schiedsgerichtliche Verfahren nicht eingelassen hat (RG. 31, 399; wohl aber liegt ein Verzicht in der Einlassung ohne Erhebung der Einrede (RG. 27, 380), wenn auch der allgemeine Widerspruch, daß ein Börsentermingeschäft vorliege (Bolze 20 Nr. 844) und selbst ein stillschweigendes Bestreiten des ganzen Verfahrens genügt (RG. 43, 408). Vor Verhandlung zur Hauptsache vor dem Schiedsgericht muß der Schuldner (also rechtzeitig gemäß § 274 Nr. 1 CPO.) die Einrede vorbringen; es wäre denn, daß er nachweist, daß er ohne sein Verschulden zu rechtzeitiger Geltendmachung nicht imstande war. Beanstandet jedoch der Kläger das unzulässige Nachschieben nicht, so ist der prozessuale Verstoß des Beklagten geheilt (§ 295 CPO.; RG. 58, 154). Verlangt der Schuldner aber selbst eine sachliche Entscheidung z. B. durch Erhebung einer Widerklage, so kann er die Einrede der Unzulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens im ordentlichen Prozesse nicht mehr einwenden (RG. 43, 408). Anm. 28.

*) Die Ungültigkeit des Geschäftes muß von Amts wegen berücksichtigt werden. Keine der Parteien kann auf diese Berücksichtigung verzichten. Sobald erhellt, daß ein Börsentermingeschäft vorliegt und ein Teil nicht eingetragen ist, kann der Richter ein verurteilendes Erkenntnis nicht fällen (RG. 44, 52). Dagegen hat der Richter nicht das Recht, ohne Anlaß zu forschen, ob beide Teile eingetragen sind (a. M. Freund bei Holdheim 6, 174). Anm. 29.

*) Gleichgültig ist, ob das Geschäft im Auslande geschlossen, auch gleichgültig, ob es im Auslande zu erfüllen ist (§ 68 Abs. 1 BörsGes.). Es ist nicht gerade nötig, daß das Geschäft im Ausland nach hiesigen Börsenbedingungen geschlossen ist. Es kommt überhaupt nicht darauf an, ob das Geschäft im Inland oder im Ausland geschlossen ist. Es genügt, wenn es im Auslande nach den ausländischen Börsenbedingungen geschlossen ist (JW. 03 Beil. 100[225]; RG. 43, 91; 44, 52; dageg. BankA. 05, 124). Vorausgesetzt ist dabei, daß die Begriffsmerkmale des § 48 BörsGes. entsprechend zutreffen (JW. 03, Anm. 30.

Digitized by Google

Exk. zu § 376. 318[20]; insbes. hinsichtlich der Londoner Börse JW. 06, 36[46]; dazu BankA. 06, 106). Auch darauf kommt es nicht an, ob ein nicht eingetragener Inländer mit einem Ausländer abgeschlossen hat. Ist aber der Inländer eingetragen, so ist das Geschäft gültig und wirksam, weil der Ausländer einem eingetragenen Inländer gleichsteht (§ 68 Abs. 2 BörsGes.; BankA. 01, 14). Ist in der Schlußnote ein inländischer Erfüllungsort bestimmt, so richtet sich das ganze Verhältnis nach deutschem Recht (RG. 58, 367; vgl. Exk. zu § 372 Anm. 5 ff.).

Anm. 31. Verschieden hiervon ist die Frage, ob ein über ein nichtiges Börsentermingeschäft ergangenes ausländisches Urteil in Deutschland für vollstreckbar erklärt werden kann. Das ist nach § 328 Nr. 4 CPO. zu verneinen (a. M. Wermuth-Brendel § 68 Anm. 2). Danach ist die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ausgeschlossen, wenn die Anerkennung gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Unter diesen Gesetzesworten ist (entsprechend Exk. zu § 372 Anm. 11) der Fall zu verstehen, daß die fortgesetzte Vollstreckung derartiger ausländischer Urteile in Deutschland einen Zustand schaffen würde, den der deutsche Gesetzgeber aus Gründen des Gemeinwohles durch ein deutsches Gesetz beseitigen oder nicht aufkommen lassen wollte. Dieser Fall liegt hier vor. Denn durch die fortgesetzte Zulassung der Vollstreckung des ausländischen Urteils würde der durch § 66 des Börsengesetzes erstrebte Zweck vereitelt werden, der dahin geht, durch Versagung der richterlichen Anerkennung der Börsentermingeschäfte das Publikum vom Börsenspiel fernzuhalten und dadurch eine Gefahr für die Wohlfahrt weiter Kreise des Volkes zu bannen. Daher kann auch nicht aus einem solchen abgetretenen Anspruch geklagt werden (RG. 52, 362).

Anm. 32. b) Sind aber beide Teile in das Börsenregister eingetragen, so ist das Geschäft gültig.

α) Die hier gegebene Gültigkeitsvorschrift bezieht sich nicht nur auf die Geschäfte des § 48 BörsGes.; d. h. es brauchen nicht alle Voraussetzungen des § 48 seinem Wortlaut nach gegeben zu sein. Es gehören unter diese Vorschriften auch solche Geschäfte, die in erheblichen Punkten von jener Begriffsbestimmung abweichen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach der auch erheblich abweichende Geschäfte, wenn sie zur Umgehung des Gesetzes abgeschlossen werden, unter § 66 fallen (oben Einleitung) war nicht auf die unter § 69 gehörigen Geschäfte berechnet. Das war in RG. 42, 49 und JW. 01, 166[28] am Schlusse auch hervorgehoben. Danach waren solche von § 48 erheblich abweichende Geschäfte zwar ebenfalls unwirksam, wenn sie unter nicht eingetragenen Personen abgeschlossen waren. Wenn sie aber unter eingetragenen Personen abgeschlossen, so konnte immer noch der Differenzeinwand erhoben werden (so auch 6./7. Aufl.). Die Rechtsprechung hat sich aber gewendet. Der Ausdruck „Börsentermingeschäft" wird nun als ein und derselbe genommen, sowohl in §§ 48 u. 66 als in den §§ 68 u. 69 BörsGes. Damit ist der Differenzeinwand den im Börsenregister Eingetragenen und dem nach § 68 Abs. 2 BörsGes. von der Eintragung Befreiten versagt, wenn auch ein Börsentermingeschäft nach §§ 48, 66 BörsGes. in dem weiteren, durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts geschaffenen Sinn vorliegt (RG. 44, 110; 58, 366). Der Differenzeinwand ist also allen den Geschäften gegenüber ausgeschlossen, welche nach § 66 mangels Eintragung ungültig sein würden, bei denen aber entweder dem Erfordernis der Eintragung Genüge geleistet ist oder nach § 68 Abs. 2 nicht Genüge zu leisten war, weil es sich um Personen handelte, die ihren Wohnsitz oder ihre Niederlassung im Ausland haben und deren Geschäfte daher auch ohne Eintragung gültig sind.

Anm. 33. β) Die Geschäfte sind gültig. Das ist zwar nicht besonders ausgesprochen, aber im § 66 enthalten. Die Gültigkeit im Falle der Eintragung ist die Umkehrung der im § 66 für den Fall der Nichteintragung angeordneten Ungültigkeit. Im § 69 wird noch eine besondere Gültigkeitsvorschrift gegeben. Die Gültigkeit wird verschärft durch ein Vorrecht: gegen Ansprüche aus solchen Börsentermingeschäften ist nämlich der Einwand, daß die Erfüllung durch Lieferung vertragsmäßig ausgeschlossen sei, versagt. Also auch dann, wenn

Digitized by Google

wirklich die Erfüllung vertragsmäßig ausgeschlossen war, kann ein Einwand gegen die Rechtswirksamkeit darauf nicht gestützt werden. Der Differenzeinwand ist also zwischen eingetragenen oder von der Eintragung befreiten Personen vollständig beseitigt. Ob das Börsentermingeschäft auch noch ein Differenz- oder Spielgeschäft war, ob also allein oder nebenbei Spielzwecke verfolgt wurden, ob Effektivlieferung ausgeschlossen war, oder ob der Abschluß eine dauernde Kapitalanlage beschaffen sollte, bleibt sich völlig gleich (JW 04, 38[5]). Doch ist dieser Grundsatz nicht dahin zu verstehen, daß nun auch dann, wenn Effektiverfüllung vertraglich ausgeschlossen wurde, auf Lieferung und Abnahme oder auf Zahlung Zug um Zug geklagt werden könnte. Der Zweck des § 69 ist nur der, daß unter Eingetragenen die Gültigkeit des Geschäfts auf Grund des Spiel- oder Differenzeinwands nicht mehr in Frage gestellt werden darf. Es kommt nicht mehr auf den Beweis an, daß es den Parteien um die Differenz zu tun war. Die Geschäfte sind wie wirkliche Lieferungsgeschäfte zu beurteilen und darnach zu erfüllen. Das will § 69 (Staub bei Holdheim 6, 70; Werner DJZ. 05, 249; Düringer-Hachenburg III 204). Es ist zuzugeben, daß die Begr. z. Entw. S. 53, der KB. S. 48 und der Bericht der Börsenenquetekommission (Berlin 93, 148) nicht ganz zweifelsfrei sind. Daher sind auch die Kommentare Hoffmann § 69 I; Apt § 69, 1; Wermuth-Brendel § 69, 1; sowie Freund DJZ. 96, 215 u. 465 u. Bondi bei Holdheim 6, 136 anderer Meinung als der hier vertretenen. Unentschieden JW. 96, 231[15]—234[20] = Holdheim 96, 193. Erk. zu § 376.

Selbstverständlich ist endlich, daß nicht nur ein Einwand im engeren Sinne, eine eigentliche Einrede, auf jene Abrede nicht gestützt werden kann, sondern daß überhaupt die Wirksamkeit des Geschäfts durch das Vorschützen jener Abrede nicht in Frage gestellt werden kann; das Wort Einwand in § 69 ist in einem weiteren Sinne gebraucht. Anm. 34.

Und weiter ist selbstverständlich, daß eine Anfechtung aus sonstigem Grunde (wegen Irrtums, Betrugs usw.) nicht ausgeschlossen ist (vgl. oben Anm. 26). Auch der Einwand des Scheins ist nicht ausgeschlossen. Besteht aber der Schein nur darin, daß nicht effektiv geliefert, die Differenz aber gezahlt werden soll, so kann ein hierauf gestützter Einwand gemäß § 69 nicht gegen die Gültigkeit des Geschäfts gerichtet werden. Anm. 35.

c) Ausnahmsweise ist das Geschäft auch ohne Eintragung wirksam, nämlich in Ansehung von Personen, die im Inlande weder einen Wohnsitz, noch eine gewerbliche Niederlassung haben (§ 68 Abs. 2 BörsGes.). Das trifft meist auf Personen zu, welche im Auslande wohnen, aber nicht nur auf diese. Die Ausnahme bedeutet, daß eine solche Person für die Frage der Wirksamkeit als eingetragen gilt. Schließt eine solche Person mit einer eingetragenen Person ein Geschäft ab, so ist es gültig. Ist der Gegenkontrahent nicht eingetragen, so ist das Geschäft ungültig, aber nur, weil der letztere nicht eingetragen ist (vgl. auch oben Anm. 30). So kann der Auftrag zum Abschluß eines Börsentermingeschäfts ungültig sein, während das zwischen Ausländern im Auslande geschlossene Ausführungsgeschäft gültig ist (JW. 03, 318[20]). Anm. 36.

Eine andere Ausnahme der hier besprochenen Art (Kontrahent nicht eingetragen, Geschäft doch wirksam) liegt vor, wenn ein Kontrahent im Register gelöscht, aber in der Gesamtliste noch eingetragen ist, es sei denn, daß der andere Teil von der Löschung Kenntnis hatte (§ 67 Abs. 2 BörsGes.).

d) Umgekehrt ist in einem Falle das Geschäft ausnahmsweise nicht wirksam, obwohl beide Teile eingetragen sind, nämlich dann, wenn die Eintragung den Vorschriften des Börsengesetzes zuwider erfolgt ist und der Mangel dem andern Teil bekannt war (§ 67 Abs. 1 BörsGes.) und bei verbotenen Börsentermingeschäften (s. unten Anm. 40ff.). Anm. 37.

e) Dagegen ist die Rechtsfolge der Ungültigkeit nicht an den Tatbestand des § 78 des Börsengesetzes geknüpft. Diese Strafvorschrift umfaßt zwar auch die Verleitung zu Börsentermingeschäften und findet auch Anwendung, wenn beide Teile eingetragen sind. Aber zivilrechtliche Folgen knüpft das Gesetz an diesen Tatbestand nicht und hat es nicht knüpfen wollen, obgleich Wiener (Das Differenzgeschäft) und die Börsenenquete der Kommission Anm. 38.

Digitized by Google

Exk. zu § 376. dies vorgeschlagen hatte (Begr. z. Entw. 60). Notwendig aber ist die Folge der Ungültigkeit bei Verbotsgesetzen nicht (vgl. Exk. zu § 346 Anm. 12 am Schlusse).

Anm. 39. f) Schlußscheine über Börsenterminge schäfte zwischen nicht eingetragenen Personen sind stempelpflichtig (RG. 49, 111; vgl. auch oben Anm. 6).

II. Verbotene Börsenterminge schäfte.

Anm. 40. A. **In Betracht kommen die §§ 50—52 des Börsengesetzes.** Sie lauten:

§ 50. Der Bundesrath ist befugt, den Börsenterminhandel von Bedingungen abhängig zu machen oder in bestimmten Waaren oder Werthpapieren zu untersagen.

Der Börsenterminhandel in Antheilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen ist untersagt. Der Börsenterminhandel in Antheilen von anderen Erwerbsgesellschaften kann nur gestattet werden, wenn das Kapital der betreffenden Erwerbsgesellschaft mindestens zwanzig Millionen beträgt.

Der börsenmäßige Terminhandel in Getreide und Mühlenfabrikaten ist untersagt.

§ 51. Insoweit der Börsenterminhandel in bestimmten Waaren oder Werthpapieren durch dieses Gesetz oder vom Bundesrath untersagt, oder die Zulassung desselben von den Börsenorganen endgültig verweigert ist, sind Börsenterminge schäfte in diesen Waaren oder Werthpapieren von der Benutzung der Börseneinrichtungen ausgeschlossen und dürfen von den Kursmaklern nicht vermittelt werden. Auch dürfen für solche Geschäfte, sofern sie im Inlande abgeschlossen sind, Preislisten (Kurszettel) nicht veröffentlicht oder in mechanisch hergestellter Vervielfältigung verbreitet werden.

Desgleichen ist ein von der Mitwirkung der Börsenorgane unabhängiger Terminhandel von der Börse ausgeschlossen, soweit er sich in den für Börsenterminge schäfte üblichen Formen vollzieht.

§ 52. Wird die Zulassung von Waaren oder Werthpapieren zum Börsenterminhandel nicht nachgesucht, so kann ein thatsächlich stattfindender Terminhandel von den Börsenaufsichtsbehörden mit den im § 51 bezeichneten Folgen untersagt werden.

Anm. 41. B. **Der Grundgedanke dieser Vorschriften** geht dahin: damit Börsenterminge schäfte (§ 48 BörsGes.) zu den erlaubten Börsenterminge schäften zu zählen sind, also durch Erfüllung wirksam werden (oben Einleitung), ist die Einhaltung der in den §§ 50—52 BörsGes. nach dreifacher Richtung gezogenen Grenzen erforderlich. Der Börsenterminhandel (börsenmäßiger Terminhandel) ist durch § 50 Abs. 2 Satz 1 u. Abs. 3 für Anteile von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen sowie für Getreide- und Mühlenfabrikate grundsätzlich und unbedingt verboten. Alle anderen Börsenterminge schäfte können vom Bundesrat bedingt oder unbedingt nach § 50 Abs. 1 verboten werden. Die dritte Schranke besteht endlich darin, daß das Börsenterminge schäft in Anteilen gewisser Erwerbsgesellschaften von den Börsenorganen nach § 50 Abs. 2 Satz 2 in gewissen Grenzen zugelassen werden kann. Hat der Bundesrat ein Verbot ausgesprochen, oder haben die Börsenorgane die Zulassung von Geschäften der zuletzt erwähnten Art abgelehnt, so dürfen solche Geschäfte an der Börse ebensowenig geduldet werden wie die grundsätzlich verbotenen Geschäfte der ersten Art (§ 51 BörsGes.). Ist die Zulassung der Anteile gewisser Erwerbsgesellschaften zum Börsenterminhandel, obgleich sie an sich gesetzlich zugelassen werden konnten, nicht nachgesucht, so kann ein trotzdem stattfindender Terminhandel von den Börsenaufsichtsbehörden verboten werden (§ 52 BörsGes.). In diesem Falle stehen sie den verbotenen Börsenterminge schäften völlig gleich und sind wie diese völlig nichtig. Solange dieses Verbot nicht erfolgt ist, sind diese Geschäfte als erlaubte zu behandeln, fallen jedoch unter § 48 BörsGes., weil solche Geschäfte nicht freier gestellt sein können, als der erlaubte Börsenterminhandel. Die §§ 50—52 BörsGes. sprechen allerdings nur vom Börsenterminhandel; nur dieser wird unbedingt oder bedingt dort untersagt, nicht das einzelne Lieferungsgeschäft. Auch erklärt das Gesetz selbst die verbotenen Börsenterminge schäfte nicht ausdrücklich für nichtig. Man war anscheinend auch bei der Beratung des Gesetzes der Meinung, es seien nur Vorschriften börsenpolizeilicher Natur gegeben (hierüber RG. 47, 107 u. Düringer-Hachenburg III 263). Das Reichsgericht hat jedoch in ständiger Rechtsprechung (RG. 47, 108; JW. 02, 139[67]; 04, 219[42]) denselben Standpunkt wie bei Beurteilung der erlaubten Börsenterminge schäfte (oben Einleitung) eingenommen, daß nämlich der Zweck des Gesetzes den Ausschlag gebe, und nach der Absicht des Gesetzgebers eine Umgehung des Gesetzes nicht

Digitized by Google

zuzulassen sei. Dieser Grundsatz führt in seiner Anwendung hier zur Nichtigkeit, weil in den gedachten Zuwiderhandlungen ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB. liegt. In der oben aufgeführten Literatur ist diese Auffassung des Reichsgerichts lebhaft von dem Gesichtspunkt aus bekämpft worden, daß die Grenzen richterlicher Auslegung überschritten seien. Diese Kritik erledigt sich damit, daß sowohl die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betr. die Änderung des Abschnittes IV des Börsengesetzes als auch der Bericht der Reichstagskommission (erschienen bei C. Heymann, Berlin 1905) von der durch diese Rechtsprechung geschaffenen Grundlage als einer in sich folgerichtigen ausgehen. Die verbotenen Börsenterminge schäfte sind also gemäß § 134 BGB. nichtig, auch wenn sie zwischen in das Börsenregister eingetragenen Personen abgeschlossen sind. Erk. zu § 376.

C. **Begriff der verbotenen Börsenterminge schäfte.** Es muß ein Börsenterminge schäft sein. Nun ist bereits oben Anm. 2ff. dargelegt, daß die drei Erfordernisse, die in § 48 BörsGes. als für den Begriff eines Börsenterminge schäfts wesentlich aufgestellt sind, durch die Rechtsprechung ausdehnend ausgelegt werden. Es können aber verbotene Börsenterminge schäfte in den Formen des § 48 BörsGes. gar nicht vorkommen, weil sie begriffsmäßig außerhalb des § 48 fallen und ihnen die Börseneinrichtungen nach § 51 verschlossen sind. Als wesentlich für ein Börsenterminge schäft im Sinne der §§ 50ff. ist nun zu verlangen, daß das Geschäft zu einem festen Termin, ohne Rücksicht auf die persönlichen Bedürfnisse, also mit typischem Inhalt und zu einem Preise geschlossen wird, der sich an der Börse infolge des Zusammenwirkens der Börsenbesucher gebildet hat. Wie der Preis festgestellt wird (Liquidation), und ob an der Börse eine Preisfeststellung (Notierung) stattfindet, ist ebenso unerheblich wie der Umstand, daß der Abschluß nicht im Börsengebäude und nicht nach den Börsenbedingungen erfolgt ist. Es kommt nur darauf an, daß die betreffenden Waren oder Werte zur Zeit des Abschlusses an der betreffenden Börse — sei es per Kasse, sei es zu einem Börsenkurs — gehandelt worden sind, und das Geschäft mit Rücksicht auf diese Preise abgeschlossen worden ist (RG. 47, 104; 52, 181). In dieser Weise müssen also die verbotenen Börsenterminge schäfte mit dem börsenmäßigen Terminhandel zusammenhängen. An dem Charakter des Börsentermingeschäfts als solchen ändert es dann nichts, wenn in der Schlußnote durch den Zusatz „und täglich" dem Käufer das Recht eingeräumt ist, die Lieferung auch jeden Tag vor dem festen Lieferungstermin zu verlangen. Eine vollkommene Übereinstimmung mit dem Börsenpreis ist nicht erforderlich; es genügt, wenn er auch nur als Anhalt gedient hat (JW. 06, 147[25]). Der nötige Zusammenhang mit dem börsenmäßigen Terminhandel ist nicht vorhanden, wenn Waren oder Wertpapiere der betreffenden Art an der Börse überhaupt nicht gehandelt worden sind, und sich der Abschluß auf Grund eines Marktpreises vollzogen hat, der sich durch Angebot und Nachfrage im freien Verkehr gebildet hatte (RG. 41, 104; 47, 107; 52, 181; JW. 02, 139[67] u. [68] u. 141[68] u. 747[18]; Holdheim 03, 84; 04, 71 u. 297). Das Fehlen des Zusammenhangs steht fest, wenn der vereinbarte Preis so sehr von den Börsennotierungen abweicht, daß diese nicht die Grundlage des Abschlusses dargeboten haben können (JW. 06, 147[25]). Anm. 42.

Die als Kassa- oder Kontogeschäfte bezeichneten Abschlüsse sind von dieser Begriffsbestimmung nicht ausgenommen, wenn es Termingeschäfte sind, die nach Börsenpreisen irgendeiner Art, also auch nach Kassapreisen, abgeschlossen wurden (JW. 03, 318[30]). Eine Vereinbarung, daß allgemein immer nur für den Letzten des Monats validierende Abrechnungen erteilt werden sollen, hat nicht die Bedeutung, daß nur am Letzten des Monats geliefert werden soll. Solche Geschäfte sind in Wahrheit Termingeschäfte in Form von Kassageschäften; es wäre denn, daß der Kunde, der per Kasse gekauft hat, lediglich wegen Fehlens flüssiger Mittel mit dem Bankier verabredet, daß erst am Letzten abgenommen werden soll, und der Bankier bis dahin die Papiere in Verwahrung zu nehmen hat (RG. 59, 321; JW. 05, 186[35]). Ebenso handelt es sich um ein ernstliches Kassageschäft, wenn die Papiere zum Kassakurs — sei es auch unter Verzicht des Kunden auf das Nummernverzeichnis — wirklich angeschafft worden sind und dem Käufer die Entschließung über die Weiterveräußerung freisteht. In Anm. 43.

Digitized by Google

Exk. zu § 376. diesem Falle ist es unwesentlich, wenn Abnahme und Zahlung von Ultimo zu Ultimo gestundet und als Anschaffungspreis der Kassakurs des sog. freien Verkehrs der Berliner Börse zugrunde gelegt wird (RG. in BankA. 06, 190).

Anm. 44. D. **Die verbotenen Börsentermingeschäfte sind nichtig** (§ 134 BGB.). Hieraus ergibt sich:

1. Das ganze Geschäft in allen seinen Teilen ist nichtig. Ob beide Teile in das Börsenregister eingetragen sind, ist ohne jeden Belang (RG. 47, 106). Die Nichtigkeit gilt auch für Aufträge zum Abschluß solcher verbotenen Geschäfte (RG. 59, 321). Anerkenntnisse, Bürgschaften und Pfandbestellungen können jederzeit widerrufen, ein vom Schuldner gegebener Einschuß, ein von ihm ausgestellter oder begebener Wechsel kann zurückgefordert werden (RG. bei Holdheim 04, 131).

Anm. 45. 2. Selbst das nach völliger Abwicklung vom Schuldner Geleistete kann zurückgefordert werden und zwar innerhalb der ordentlichen Verjährungsdauer von 30 Jahren (RG. 47, 106; JW. 04, 38[5]). Die Rückforderung richtet sich nach den Grundsätzen über grundlose Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.). Im allgemeinen besteht keine Anstandspflicht das zur Erfüllung Geleistete nicht zurückzufordern (§ 814 BGB.), noch auch verstößt die Rückforderung gegen die guten Sitten (§ 817 BGB.), obgleich der Vorstand eines großen gesellschaftlichen Unternehmens seinen Ruf gefährden und daher einen wichtigen Grund zu seiner Entlassung herstellen kann, wenn er genötigt ist, die Folgerungen aus der Nichtigkeit solcher Geschäfte zu ziehen (oder den Spieleinwand vorzuschützen; vgl. RG. 53, 267; JW. 04, 38[5]). Nur dann liegt die Sache anders, wenn der Zahlende bei der Zahlung in voller Kenntnis davon handelte, daß er ein nichtiges Geschäft erfülle und nicht nur ein klagloses Differenzgeschäft oder Börsentermingeschäft. Bei einem Bankier wird man diese Kenntnis eher vermuten als bei einem Privatkunden (JW. 04, 38[5]; RG. in BankA. 06, 118). War diese Kenntnis bei dem Leistenden vorhanden, so kann die Rückforderung nicht damit begründet werden, daß der Empfänger der Leistung durch deren Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen habe (JW. 04, 407[13]; 05, 186[38]). Denn das Börsengesetz will nur die Eingehung, nicht die Erfüllung solcher Geschäfte verbieten (RG. bei Holdheim 04, 73 u. 254). Doch muß die Leistung derart vorbehaltlos erfolgen, daß keine Verbindlichkeit des Schuldners mehr zurückbleibt (RG. 47, 52). Ebenso muß es sich verhalten, wenn der Schuldner dem Gläubiger einen Kundenwechsel in voller Kenntnis der Sachlage an Zahlungsstatt oder zahlungshalber gibt und der Gläubiger die Wechselsumme im Einverständnis mit dem Schuldner einzieht; denn den Wechsel erhält er ja zum Zweck der Einziehung des Wechselbetrags (vgl. oben Anm. 23). Verlangt der Leistende seine Leistung zurück, so muß er auch seinerseits in der Lage sein, das Empfangene, also der Kunde dem Bankier die Papiere zurückzugeben. Hat der Kunde die Papiere weiterveräußert, und kann er sie nicht wieder beschaffen, so hat er sich selbst zur Rückgabe außerstand gesetzt. Sein Bereicherungsanspruch ist hinfällig. Er kann nicht statt der Rückgabe den erzielten Preis sich abziehen; er würde sonst mit Hilfe der verbotenen Termingeschäfte auf Kosten des Verkäufers spekulieren können (RG. bei Holdheim 15, 307; vgl. RG. 56, 387).

Anm. 46. 3. Auf das Kontokorrent angewendet, führen diese Grundsätze dazu, daß ein Saldoanerkenntnis und die in diesem Anerkenntnis liegende Aufrechnung (oben Anm. 16 ff.) in gleicher Weise nichtig ist. Das Geleistete kann zurückgefordert werden (JW. 04, 38[5]; RG. bei Holdheim 04, 70 u. 74). Ist die Anerkennung des Saldos jedoch im vollen Bewußtsein der Nichtigkeit erfolgt und nicht etwa im Glauben an eine Verpflichtung oder im Glauben an eine Unverbindlichkeit nach § 66, so steht die Genehmigung der Aufrechnung der in Kenntnis der Nichtschuld erfolgten Leistung gleich. Alsdann können auch geleistete Einschüsse nicht mehr zurückgefordert werden. Es muß aber das Geschäft, auf welches die Einschüsse gemacht worden sind, völlig abgewickelt und durch den Saldo mit verrechnet sein (JW. 04, 407[13]; RG. bei Holdheim 04, 254 u. 297; vgl. BankA. 4, 12). Hinsichtlich der Form der Saldoanerkennung gelten auch hier die allgemeinen Grundsätze (§ 355 Anm. 26). Darüber, was man unter vollständiger Abwicklung versteht, siehe oben Anm. 17 u. 21.

Digitized by Google

Finden sich zum Teil verbotene zum Teil gültige Börsentermingeschäfte im Kontokorrent, so scheiden die verbotenen Geschäfte völlig aus, weil sie durch Aufrechnung nicht getilgt werden können, soweit nicht die in der vorigen Anmerkung entwickelten Grundsätze Platz greifen. Finden sich auch erlaubte, aber klaglose Börsentermingeschäfte vor, so werden diese durch Saldoanerkenntnis d. h. durch Aufrechnung verhältnismäßig getilgt (das Nähere ist oben Anm. 16 u. 18 erörtert). Wird nun auf Zahlung eines anerkannten Saldos im Urkundenprozeß geklagt, so muß der Kläger gemäß §§ 592, 597 Abs. 1 u. 2 CPO. den urkundlichen Nachweis erbringen, wie hoch sich sein Guthaben nach obigen Grundsätzen beläuft. Das gehört zur Klagebegründung. Das Fragerecht ist daher nicht auszuüben, sobald es sich nicht um eine einfache Rechnungsmanipulation handelt (RG. 57, 42). Anders, wenn es sich um Freigebung von Pfandstücken handelt, weil das Pfand selbst für die kleinste Forderung ganz haftet und irgendein Betrag sich durch Frage leicht tatsächlich begründen läßt (RG. bei Holdheim 04, 74). Exk. zu § 376. Anm. 47.

4. Im Ausland abgeschlossene Börsentermingeschäfte, die, wenn sie nach deutschem Recht zu beurteilen wären, als verbotene Geschäfte nichtig wären, aber nach dem maßgebenden ausländischen Recht gültig sind und im Ausland erfüllt werden sollen, sind auch nach deutschem Recht gültig und stehen alsdann den erlaubten Börsentermingeschäften gleich, d. h. der Registereinwand findet statt (oben Anm. 30 u. 36), wenn nicht die Erfüllung nach Anm. 17 und 21 die Heilung herbeigeführt hat (RG. 55, 183). Anm. 48

5. Die Schlußscheine über verbotene Börsentermingeschäfte sind stempelpflichtig, weil eine wirksame Erfüllung möglich ist (oben Anm. 45). Anm. 49

III. Die Differenzgeschäfte (Spielgeschäfte).

1. **Die Begriffsbestimmung und ihre Entstehungsgeschichte.** Ein reines Differenzgeschäft ist nach der Begriffsbestimmung, welche § 764 BGB. gibt, ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag, der in der Absicht geschlossen ist, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teil an den gewinnenden gezahlt werden soll. Anm. 50

   Diese gesetzliche Begriffsbestimmung verdankt ihre Entstehung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (s. 5. Aufl. Art. 357 §§ 32ff.), die festgelegt werden sollte (M. II 647; Prot. II 804; KB. 1489). Man hat den Begriff aber noch erweitert. Denn das Reichsgericht hatte stets an dem Erfordernis der Vereinbarung des Ausschlusses effektiver Erfüllung festgehalten, wenn es auch mit dem Erfordernisse dieser Vereinbarung etwas frei verfahren ist (insbes. RG. 34, 264). Die neue Vorschrift aber sieht davon ab, daß der Ausschluß der effektiven Erfüllung vereinbart worden ist. Sie begnügt sich damit, daß die Absicht dahin ging, daß nur die Kursdifferenz gezahlt werden soll, und auch diese Absicht braucht nur bei dem einen Teile vorhanden zu sein, der andere Teil braucht sie nur gekannt zu haben; ja er braucht sie nicht einmal gekannt zu haben, wenn seine Nichtkenntnis auf Fahrlässigkeit beruhte. Das Differenzgeschäft ist also ein reines Glücksspiel. Anm. 51.

2. **Auf welche Geschäfte bezieht sich § 764 BGB.?** Es sollten damit alle Börsengeschäfte getroffen werden, die das Börsengesetz nicht treffen will. Das Börsengesetz ist als Sondergesetz für eine bestimmte Klasse von Geschäften gedacht. Seine Vorschriften sollten durch § 764 BGB. nicht berührt werden, wie dies in § 69 Abs. 2 des Börsengesetzes einem entstandenen Zweifel gegenüber nachträglich hervorgehoben wurde. Indem der § 764 BGB. die Ungültigkeit von börsenmäßigen Geschäften ausspricht, trifft er also die eigentlichen Börsentermingeschäfte nicht: die unter nicht eingetragenen Personen abgeschlossenen Börsentermingeschäfte sind vielmehr ungültig auch ohne die besondere Voraussetzung des § 764 BGB., d. h. schon allein wegen des Registereinwandes, ohne daß die Absicht nur die Kursdifferenz zu zahlen festgestellt wird; ja auch dann, wenn die gegenteilige Absicht festgestellt wird. Die unter eingetragenen Personen abgeschlossenen Börsentermingeschäfte aber sind gültig, auch wenn die Absicht der bloßen Kursdifferenzzahlung festgestellt wird. Anm. 52.

Digitized by Google

Erl. zu § 376. Nachdem das Reichsgericht den Umfang des § 48 BörsGes. noch erweitert hat (hierüber oben Einl. u. Anm. 2ff.), und die börsenmäßigen Geschäfte der §§ 50ff. BörsGes. gänzlich nichtig sind (hierüber oben Anm. 40ff.), bleibt dem § 764 BGB. innerhalb des Bereichs des börsenmäßigen Handels nur noch der Fall, wenn einmal unter eingetragenen oder der Eintragung nicht bedürftigen Personen Geschäfte abgeschlossen werden, die weder als erlaubte noch als verbotene Börsentermingeschäfte zu betrachten sind, die sich jedoch als Spielgeschäfte im Sinne des § 764 BGB. darstellen. Auf diesem Gebiet wird aber § 764 BGB. kaum zur Anwendung gelangen (vgl. jedoch oben Anm. 33). Jedoch ist darauf hinzuweisen, daß, wenn nicht gleichzeitig der Registereinwand und der Differenzeinwand erhoben ist, sich ein Unterschied in der Zurückforderung des Geleisteten ergibt (hierüber unten Anm. 70). Die Hauptanwendung des § 764 BGB. betrifft aber die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte, welche nicht unter den Begriff der Börsentermingeschäfte fallen, bei denen also eine Eintragung oder ein gesetzliches Verbot gar nicht in Frage kommt. Denn § 764 BGB. verlangt Anwendung auf jedes Rechtsgeschäft, auch auf Kassageschäfte, wenn sie die Voraussetzungen des Gesetzes erfüllen. Die Erhebung des Differenzeinwands erfolgt sehr häufig, weil, wie oben in der Einleitung dargelegt, die Interessenten sich lieber der Gefahr dieses Einwands aussetzen, als ihm durch Eintragung in das Börsenregister seine Kraft zu nehmen. Die Form des Kassageschäfts bietet aber der Natur der Sache nach dem Differenzeinwand die größte Schwierigkeit (hierüber siehe das Nähere unten Anm. 62).

Anm. 53. 3. **Die einzelnen Bestandteile der Begriffsbestimmung:**

a) Auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren muß der Vertrag lauten. Über Waren und Wertpapiere s. § 1 Anm. 38—41 und über Kuxe insbesondere oben Anm. 4.

Anm. 54 b) Es muß die Absicht vorliegen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teil an den gewinnenden gezahlt werden soll. Es genügt, wenn nur die Absicht des einen Teils auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß.

Anm. 55 Häufig werden die Rechtsregeln über das Scheingeschäft ausreichen, um ein solches Geschäft für nichtig zu erklären. Denn meist wird eine wirkliche Vereinbarung vorliegen, daß nur die Kursdifferenz gezahlt werden soll. Ist dies der Fall, dann liegt ein Lieferungsvertrag nur dem Namen nach vor, in Wahrheit aber sind die auf Lieferung und Abnahme der Ware lautenden Verpflichtungserklärungen im gegenseitigen Einverständnisse nur zum Schein abgegeben und das Geschäft ist deshalb nichtig (§ 117 Abs. 1 BGB.). Durch jene Erklärung soll in solchen Fällen nur das eigentliche Rechtsgeschäft durch das Spiel verdeckt werden. Es gelten daher die für das Spiel geltenden Vorschriften (§ 117 Abs. 2 BGB.). Oft wird schon deshalb Nichtigkeit vorliegen, weil der eine Teil (der Kunde) die auf Lieferung und Abnahme gerichteten Erklärungen nicht ernstlich und in der Erwartung abgegeben hat, der Mangel der Ernstlichkeit werde von dem andern Teil (dem Bankier) nicht verkannt werden. Auch in diesem Falle ist das Geschäft schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nichtig (§ 118 BGB.).

Anm. 56. Aber unser § 764 BGB. geht noch weiter. Wenn beide Teile die Absicht haben, nur die Kursdifferenz zu zahlen, nicht aber effektiv zu liefern und abzunehmen, so erblickt er darin die Erfordernisse eines Spielvertrages. Das eigentliche Kennzeichen des Differenzgeschäfts (auch wahres oder reines Differenzgeschäft genannt) und sein Unterschied vom reellen Spekulationsgeschäft besteht in folgendem: bei diesem letzteren will man wirklich erwerben und veräußern und dadurch Gewinn erzielen; beim Differenzgeschäft will man ohne wirklichen Erwerb und ohne wirkliche Veräußerung von Werten Kursgewinn machen. Durch den Umstand allein, daß der Kunde Spekulationsgeschäfte machen will, also auf Kursgewinn spekuliert, werden die Geschäfte nicht zu Differenzgeschäften. Spekulieren heißt kaufen, um zu verkaufen oder Verkauf von Sachen, die man zu diesem Zwecke anschafft. Das Spekulationsgeschäft kann ein reelles Handelsgeschäft sein, und ist als solches in § 1 Nr. 1 besonders hervorgehoben. Zum Differenzgeschäft wird es dann, wenn man nicht wirklich kaufen und veräußern will,

Digitized by Google

sondern zwar äußerlich einen den Formen des Kaufs und Verkaufs entlehnten Vertrag abschließt, in Wahrheit aber keinen Umsatz der Ware beabsichtigt, sondern ausschließlich Zahlung und Empfang einer gewissen Geldsumme, nämlich des Preisunterschieds der scheinbar gehandelten Ware zur Zeit des Vertragsschlusses und einer bestimmten späteren Zeit (der angeblichen Lieferungszeit) oder, kürzer ausgedrückt, nur die Differenz zum Gegenstand des Vertrags, wie er wirklich gewollt war, gemacht hat. Dann will man ein Differenzgeschäft abschließen; man will spielen (ROHG. 6, 224; 15, 278; RG. 12, 17; 34, 88; 52, 250; Bolze 14 Nr. 450; JW. 93, 447[9]). Haben *beide Teile* die Absicht gehabt, einen solchen nur auf die Differenz gerichteten Vertrag unter Ausschluß der effektiven Erfüllung abzuschließen, so ist nicht ein rechtlicher Lieferungsvertrag, sondern ein Spielvertrag abgeschlossen. Dabei ist es gleichgültig, ob die Ware, deren Preis den Gegenstand dieses Spiels bildet, einen wirklichen Marktpreis hat; wenn sich nur irgendwie sonst ein Preisstand für solche Terminware ermitteln läßt (RG. 34, 122). Die Bestimmung des Stichtages kann sogar in das Belieben eines der Vertragschließenden gestellt sein (JW 04, 291[18]). Daß die beiderseitige Spielabsicht ausdrücklich ausgesprochen worden sein mußte, ist nicht erforderlich. Auch aus den Umständen kann auf diese beiderseitige Absicht geschlossen werden, um dadurch den wirklichen Willen, das Spielgeschäft unter der Form eines Kaufvertrags abzuschließen, festzustellen. Erl. zu § 376.

Der § 764 BGB. bestimmt aber noch weiter, daß, wenn auch nur *ein Teil* beim Vertragsschluß die Absicht gehabt hat, zum Zwecke des Spiels abzuschließen, so daß also die Ware nicht geliefert und nicht abgenommen werden soll, ein Spielvertrag vorliegt, wenn der andere Teil diese Absicht kannte, oder sie doch in einer für ihn erkennbarer Weise hervorgetreten war (JW. 98, 145[17]). Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn der Vertragsgegner namens eines Dritten handelte, dessen Vermögenverhältnisse für eine Effektiverfüllung sprechen (JW. 02, 425[33]). Anm. 57.

Aber wenn auch nur ein Teil die Absicht der Differenzzahlung in obigem Sinne bei Vertragsschluß gehabt hat und der andere Teil dies nicht wußte, *diese Unkenntnis aber auf Umständen beruht, die er zu vertreten hat* (§ 122 Abs. 2 BGB.), so ist der Fall des § 764 BGB. nach dessen zweitem Satze gegeben (hierüber unten Anm. 82). Anm. 58.

An den Voraussetzungen des § 764 BGB. fehlt es sonach, wenn nach dem Parteiwillen ein ernstlicher Kaufvertrag mit wirklichem Umsatz geschlossen war, es dem Schuldner aber freistehen sollte, statt der wirklichen Erfüllung nur die Differenz des Stichtages zu bezahlen. Hier ist § 359 BGB. maßgebend. Dagegen würde eine Verabredung, daß jeder Teil das Recht haben soll, statt der Erfüllung nur die Differenz zu zahlen oder zu verlangen, nichts weiteres darstellen, als eine Umgehung des § 764 (a. M. Kleinfeller in Holdheim 12, 57). Anm. 59.

4. **Die Anwendung des § 764 BGB. im einzelnen** wird sich an die Rechtsprechung des Reichsgerichts anschließen, wonach die schlüssigen Umstände für den Spielcharakter von besonderer Bedeutung sind. Schon die ältere Rechtsprechung hatte ihre Schlüsse daraus gezogen, wenn nur ein Teil die Absicht der Differenzzahlung des andern kannte oder kennen mußte (JW. 98, 292[48, 50]; Bolze 20 Nr. 527). Anm. 60.

An die Spitze dieser Umstände darf man, wenn man das Erfordernis der Spielabsicht auf Vorhandensein und Erkennbarkeit zu prüfen hat, den Satz stellen, daß die bei allen Spekulationsgeschäften vorhandene börsenmäßige Möglichkeit der Deckung nur für den auf Gewinn durch wirklichen Umsatz Spekulierenden einen Sinn hat, nicht aber für den Spekulanten, der nicht umsetzen will oder kann, weil er weder den Preis zahlen will, noch die Ware liefern kann (JW. 98, 292[48]; Bolze 21 Nr. 499). Das heißt: auf die Möglichkeit der Erledigung des Geschäfts im Wege eines Deckungsgeschäfts kommt es für die Spielabsicht nicht an. Die Spekulationsgeschäfte eines Privatmannes, die bedeutend weiter reichen, als er durch Abnahme und Lieferung erfüllen kann, haben von vornherein die Vermutung des Spielgeschäfts für sich. Das Unvermögen zur Abnahme und Lieferung, der Lebensberuf, die Höhe der Umsätze, der Charakter der gehandelten Papiere als Spielpapiere, die Art der sonstigen geschäftlich bekannten Verbindungen des Spekulanten, die bei den Verhandlungen gefallenen Erklärungen (z. B. Sie brauchen kein Geld; Sie brauchen nicht abzunehmen; es handelt sich nur um die Anm. 61.

Digitized by Google

Exk. zu § 376. Differenz) sind Umstände, auf die Bedacht zu nehmen ist (RG. 30, 214; 34, 83 u. 264; Bolze 20 Nr. 328 u. 530); desgleichen öftere Verkäufe und Käufe derselben Papiere; ferner, daß die gekauften Effekten nie an den Käufer oder einen Dritten geliefert worden sind (JW. 00, 444[20]). Solche Anzeichen können nicht durch die Möglichkeit der Eingehung von Deckungsgeschäften, sondern nur durch den Nachweis ganz bestimmter Tatsachen (JW. 97, 90[37] u. 91[38]; Bolze 22 Nr. 465), also noch nicht durch Bestellung eines Depots oder dadurch entkräftet werden, daß die Schlußscheine auf Effektivverfüllung lauten, weil diese den wahren Sachverhalt zu verdecken bestimmt sein können (RG. 30, 217; Bolze 22 Nr. 465). Anderseits ist auch mit der Möglichkeit zu rechnen, daß Papiere vielleicht deshalb nicht geliefert worden sind, weil sie der Bankier in Verwahrung genommen hat (RG. bei Holdheim 04, 252). Hat der Bankier für die Papiere die Dividenden eingezogen, Bezugsrechte ausgeübt oder gar dem Kunden ein Nummernverzeichnis übermacht, so ist so verfahren wie bei beabsichtigtem wirklichen Eigentumserwerb; dann ist es einerlei, ob der Kaufpreis gestundet war und die Papiere im Auftrag des Kunden wieder veräußert worden sind (JW. 05, 186[39]).

Anm. 62. Bei Kassa- oder Tagesgeschäften, d. h. bei Käufen mit sofortiger Lieferung gegen sofortige Zahlung fehlt begrifflich der für Differenzgeschäfte wesentliche Unterschied zwischen dem Kurs am Tage des Vertragsschlusses und dem vom Zufall abhängigen Börsen- oder Marktpreis einer späteren Lieferzeit, welchen Unterschied der Verlierende an den Gewinnenden beim Differenzgeschäft zu zahlen hat, um den also gespielt wird. Kassageschäfte stehen den Differenzgeschäften jedoch gleich, wenn keine reellen Abschlüsse gewollt waren, sondern die Absicht der Parteien dahin ging, daß Kauf und Verkauf nicht durch wirkliche Lieferung und Zahlung erfüllt, sondern der Käufer mit einem bestimmten Kaufpreis belastet und ihm später der Börsenpreis eines angeblichen Verkaufstages gutgeschrieben werden soll (RG. 30, 214; 34, 264; 52, 251 u. 255; JW. 02, 257[24]; 03 Beil. 100[225]). Zur Annahme einer solchen in Form eines Kassageschäfts gekleideten Differenzgeschäfts genügt nicht wie beim Zeitgeschäft (oben Anm. 61) die offenbare Absicht des Käufers, die Ware nicht abzunehmen, dessen Vermögensunzulänglichkeit, die Unvereinbarkeit seines Berufs mit dem gewerbsmäßigen Börsenhandel, der Spielcharakter der Papiere, das mangelnde Interesse am Behalten der Papiere, noch auch die Absicht durch Kursdifferenz zu gewinnen. Denn, wenn die Papiere wirklich geliefert werden sollen, tun solche Umstände nur die Spekulationsabsicht (oben Anm. 56), nicht aber die davon verschiedene Spielabsicht dar (RG. 52, 250; JW. 02, 445[11] u. 257[24] u. Beil. 199; 07, 278[44]). Sind die Papiere wirklich angeschafft, in das Depot des Kunden gelegt, ist ihm ein Stückeverzeichnis übersandt, so ist damit die Spielabsicht widerlegt, mag auch der Kaufpreis gestundet sein. Zu einer solchen Widerlegung gehört es übrigens nicht, daß das Eigentum der Stücke auf den Kunden übergegangen sein müßte (RG. 52, 250). Wer beim Kauf per Kasse dem Bankier gestattet, ein für allemal über die angeschafften Papiere frei zu verfügen, so daß es nur auf die Differenz an einem gewissen Stichtage ankommen sollte (JW. 00, 444[19]), oder sollten die Papiere unter Kreditierung des Kaufpreises bis zu einem bestimmten Tag an diesem Tag für Rechnung des Käufers wieder verkauft werden (RG. 52, 256), oder war ein für allemal eine solche Vereinbarung getroffen (Kassakontogeschäft; RG. 59, 321), so liegt die Spielabsicht zutage. Solche Geschäfte sind verdeckte Differenzgeschäfte, sollte der Bankier auch für den Notfall sich den Bezug der Papiere bei einem Dritten gesichert haben. Ebenso liegt die Sache, wenn die effektive Lieferung dadurch ersetzt wird, daß der Verkäufer die Stücke dem Käufer leiht, sie dann bis Ultimo lombardiert und am Ultimo die Differenz zwischen dem Tageskurs am Anschaffungstag und dem Ultimokurs berechnet (JW. 06, 14[12]; dagegen BankA. 06, 94). Auf alle solche Geschäfte findet dann § 762 BGB., nicht § 764 BGB. Anwendung, weil es hier an einem bestimmten Stichtage fehlt, vielmehr die Differenz dadurch gefunden wird, daß der Bankier die angeblich angekauften Papiere wieder an einem bestimmten Tag verkauft, also ein fingiertes Gegengeschäft vornimmt (RG. 52, 251 u. 256; vgl. Cosack § 80 1—3; § 77, 1 u. 4b u. 5; dagegen Wermert, Börse, Börsengesetz usw. 04 S. 295 u. Neander-Müller; Staub bei Holdheim 5, 73). Einen

Digitized by Google

praktischen Unterschied macht diese Konstruktion nicht; denn § 762 BGB. führt zu demselben Ergebnis wie § 764 BGB. Exk. zu § 376

Ein Prolongationsgeschäft, das ernstlich gemeint ist, wird selbstverständlich auch nicht dadurch zum Differenzgeschäft, daß für die Prolongation Provision berechnet wird. Die Stundung des Preises hat an und für sich noch nichts mit einer Spielabsicht zu tun (vgl. RG. 59, 123), ebensowenig die Verschiebung der Lieferung der Effekten von Ultimo auf Ultimo (RG. bei Holdheim 14, 238). Allein auch ein Prolongationsgeschäft ist als Differenzgeschäft anzusehen, wenn wirkliche Lieferung ausgeschlossen ist unter Beschränkung des Rechts und der Pflicht auf die Differenz (ROHG. 17, 42; RG. 19, 149; JW. 93, 27[50]; 93, 312[23] u. 447?). So kann unter Umständen aus zahlreichen Prolongationen von Ultimo auf Ultimo ein Schluß auf die Spielabsicht gezogen werden (JW. 00, 297[14]; vgl. auch oben Anm. 6). Anm. 63.

Daß der Bankier nur Kommissionär war, ist kein Hindernis zur Annahme eines Differenzgeschäfts. Es kommt allerdings nicht in Betracht, daß der Kommissionär den Kommittenten zu höchst leichtfertigen Spekulationen die Hand geboten hat; denn Spekulationsabsicht und Spielabsicht sind verschiedene Dinge (RG. 30, 214; 34, 264; 52, 254; JW. 02, 257[24]; oben Anm. 56). Sprechen aber die Umstände dafür, daß ein eigentlicher Auftrag nicht vorlag, sondern die Absicht dahin ging, die Stücke nicht effektiv abzunehmen oder abzuliefern, sondern nur um die Differenz zu spielen, so liegt ein Differenzgeschäft vor (RG. 34, 83 u. 187 u. 264). Also dann, wenn der Kommissionär den Auftrag zum An- oder Verkauf durch Selbsteintritt ausführt, die Papiere in Wahrheit aber nicht angeschafft und nicht verkauft, vielmehr den Kommittenten an Ultimo ohne Deckungsgeschäft mit dem Unterschied von Anschaffungs- und Ultimokurs (RG. 52, 256) oder beim Kassageschäft mit dem Unterschied eines angeblichen Kaufs und Verkaufs belastet hat (JW. 02, 445[11]). Dafür, ob ein ernstlicher Kommissionsauftrag vorlag, sind alle Umstände zu berücksichtigen, die oben Anm. 61 angeführt worden sind. Die Mitteilung des Nummernverzeichnisses nach Ausführung des Auftrags, eines Depotverzeichnisses, die Ausübung des Bezugsrechts, die Erhebung von Dividenden, die Ausführung eines Umtauschauftrags, die Anmeldung der gekauften Aktien zur Generalversammlung weisen nach, daß eine wirkliche Anschaffung erfolgt ist und widerlegen eine Spielabsicht. Hat eine wirkliche Anschaffung oder ein wirklicher Verkauf stattgefunden, so kommt es hier nicht mehr darauf an, ob der Kommittent sich über seine Verhältnisse engagiert hatte, und ob der Kommittent auch Eigentümer geworden ist und auf ein Nummernverzeichnis verzichtet hat (RG. 52, 252). Hat der Bankier den Verzicht des Kunden auf ein Nummernverzeichnis aber dahin aufgefaßt, daß er das Einlegen in Depot unterlassen dürfe, so liegt die Sache anders. Dann ist es sicher, daß der Kunde nicht wirklich Werte erwerben, sondern die Differenz fordern wollte. (Darüber, wie es sich mit einem ernst gemeinten Auftrag zum Abschluß von Differenzgeschäften verhält, siehe unten Anm. 79). Anm. 64.

5. **Die Rechtsfolge des Vorliegens eines Differenzgeschäfts** besteht darin, daß der Vertrag als Spiel aufzufassen ist. Über die Rechtsfolgen des Spiels aber sagt § 762 BGB.: Anm. 65.

> Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.
>
> Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Theil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Theile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntniß.

Der Begriff des Spiels ist im weitesten Sinne zu nehmen, so daß unter diesen Begriff sowohl die reinen Geschicklichkeitsspiele als auch die Glücksspiele, insbesondere die Differenzgeschäfte fallen. Die dem Spiel gleichgestellte Wette ist ein Vertrag, durch den die Parteien sich gegenseitig verpflichten, daß dem, dessen Behauptung sich als richtig erweist, von dem andern Teil eine Leistung gemacht, z. B. eine Ware zu bestimmtem Preis abgelassen werden soll (RG. 61, 153). Die Wetten bei Pferderennen sind durch das sog. Totalisatorgesetz (Ges. betr. die Wetten bei Pferderennen vom 5. Juli 1905, RGBl. 595) geregelt (vgl. JW. 06, 499[58]). Soweit Rennwetten durch dieses Gesetz nicht gedeckt sind, unterliegen sie dem § 762 BGB.,

Digitized by Google

Exk. zu § 376. und sind als solche, wie alle Wetten, und die Aufträge (RG. 40, 256) sowie die Dienstverträge zu Wetteinsätzen (RG. in SeuffA. 61, 363 unten Anm. 79) ungültig. Dasselbe gilt von Wettwechseln (RG. 52, 39). Wett- und Spielverträge sind nicht unsittlich (Holdheim 13, 49); aber sie begründen kein Schuldverhältnis. Verbindlichkeiten, die zum Zweck der Erfüllung einer Spielschuld eingegangen waren, insbesondere Schuldanerkenntnisse, sind ebenfalls ungültig, und nur das auf Grund des Spiels Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

Anm. 66. a) **Klage und Einrede aus solchen Geschäften wird versagt.** Es kann weder die Auszahlung des Gewinnes verlangt, noch die Bezahlung des Verlustes, noch auch Lieferung, oder Abnahme der Ware, noch auch Ersatz von Auslagen (Stempel und Provision) verlangt werden (vgl. auch oben Anm. 13 u. unten Anm. 79).

Auch die bestellten Sicherheiten (Bürgschaften, Pfand, Hypothek, Kaution) sind unwirksam (RG. 23, 138; 37, 416; 38, 251; 47, 52). Nur das auf Grund des Spiels Geleistete, d. h. zur Erfüllung Geleistete kann nicht zurückgefordert werden. Pfänder und Pfandverkaufserlöse können daher zurückgefordert werden (JW. 00, 495[7]; vgl. oben Anm. 13); werden aber Pfänder mit Einwilligung des Schuldners verpfändet und zur Deckung verwendet, so liegt wirkliche Leistung auf Grund des Spiels vor, und es kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden (vgl. oben Anm. 13). Nur darf die Sache nicht so liegen, daß noch eine persönliche Verpflichtung des Schuldners übrig bleibt, wie z. B. bei Hingabe einer Hypothek an Zahlungsstatt (RG. 47, 52). Es muß aber eine der Zahlung gleichstehende Erfüllung stattgefunden haben (JW. 04, 124[31]). Das trifft bei Zahlung einer Vorprämie nicht zu (Exk. zu § 348 Anm. 7); es trifft zu bei Abtretung einer Forderung an Zahlungsstatt und selbst eines Anspruchs aus einer Lebensversicherungspolice, wenn der Gläubiger gegen Übertragung des Anspruchs seine Forderung völlig aufgegeben hat (JW. 02 Beil. 254[166]).

Anm. 67. Auch ein gezahlter Einschuß kann zurückgefordert werden, sofern er ein Depot ist, eine Hingabe zur Sicherung. Denn wenn auch „das auf Grund des Spiels Geleistete" nicht zurückgefordert werden kann, so ist doch ein solcher Einschuß nicht auf Grund des Spiels „geleistet", sondern nur zum Zwecke der Sicherung der künftigen Spielschuld gegeben. Leisten heißt aber im Sinne des BGB. erfüllen (vgl. § 241 BGB.). Auf Grund des Spiels leisten heißt eine Spielverbindlichkeit erfüllen. Ist aber der Einschuß eine Vorschußzahlung, so kann er nicht zurückgefordert werden; denn das Geleistete braucht nicht gerade nach Entscheidung des Spiels gegeben zu werden, um der Zurückforderung entzogen zu sein (Planck, § 762 Anm. 2a). Die Entscheidung des Reichsgerichts 38, 232, die sich für das Recht der Rückforderung eines Einschusses ausspricht, kann daher nur dann auf das neue Recht angewendet werden, wenn es ein Einschuß zum Zwecke der Sicherung ist; die Annahme, daß nur das der Zurückforderung entzogen sei, was nach verlorenem Spiel, also nach Entscheidung des Spiels geleistet ist, trifft für das Recht des BGB. nicht zu.

Anm. 68. b) **Für die Schuldübernahme** gilt das oben Anm. 14 Ausgeführte (BayObLG. SeuffA. 60, 267). Wegen der **Schuldumwandlung** s. oben Anm. 20.

Anm. 69. c) **Für Schuldanerkenntnisse** gilt das oben Anm. 15 Gesagte. Die Wirkung, die das Anerkenntnis eines **Kontokorrentsaldos** hat, ist in Anm. 16—18 einschließlich des Falles erörtert, daß der Saldo sich teilweise aus klaglosen (Differenz-) Posten, teils aus nicht zu beanstandenden Posten zusammensetzt. Das dort Ausgeführte gilt auch hier. Die in der Anerkennung liegende Aufrechnung ist Erfüllung (JW. 03 Beil. 35[72]). Wer gegen den Schlußsaldo den Differenzeinwand vorschützt, würde arglistig handeln, wenn er aus einem einzelnen Geschäft, weil der Gegner den Effektivcharakter sämtlicher Geschäfte behauptet, die Herauszahlung des dort erzielten Gewinnes verlangte (RG. 33, 58). Darüber, wie es sich verhält, wenn im Kontokorrent auch verbotene Börsentermingeschäfte enthalten sind, siehe oben Anm. 46 u. 47.

Anm. 70. d) **Nur das kann nicht zurückgefordert werden, was auf Grund des Spiels geleistet worden ist.** Es bedeutet das nicht dasselbe, wie die in dem § 66 Abs. 4 des Börsengesetzes gebrauchten Worte: das bei oder nach völliger Abwicklung des Geschäfts Geleistete (RG. 56, 21).

Digitized by Google

Vielmehr kann alles, was auf Grund des Spiels geleistet ist, auch das, was vor Entscheidung des Spiels, also vor Abwicklung des Geschäfts, geleistet ist, nicht zurückgefordert werden (vgl. Anm. 67), wenn eine wirkliche Erfüllung gewollt war, so daß keine Verbindlichkeit des Spielschuldners mehr zurückbleibt (JW. 04, 124[21]). Erk. zu § 376.

Mit dieser Maßgabe aber gilt das oben Anm. 21 Gesagte. Vgl. daselbst Näheres, insbesondere über die Hingabe an Zahlungsstatt, besonders den Fall, bei dem Papiere zum Verkauf und zur Verrechnung gegeben wurden und über die vereinbarte Aufrechnung oder Verrechnung. Die im voraus vereinbarte Aufrechnung gilt hier ebenfalls nicht: denn sie enthält eine Verbindlichkeit, die zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld eingegangen wird; es ist die Verbindlichkeit, sich die künftige Aufrechnung gefallen zu lassen, und daher nach § 762 Abs. 2 BGB. ungültig. Sie enthält nicht etwa eine bedingte Aufrechnung, und würde sie eine solche enthalten, so wäre sie nach § 388 BGB. unwirksam. Anm. 71.

e) Bei Wechseln muß unterschieden werden: Anm. 72.

Werden sie als Einschuß zur Sicherheit gegeben, so können sie zurückgefordert werden. Der Wechselklage kann der Einwand, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Art. 82 vorliegen, entgegengesetzt werden. Das gleiche aber gilt von Wechseln, die vorschußweise gegeben sind; denn sie enthalten eine Verbindlichkeit, die zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld eingegangen wird, weshalb § 762 Abs. 2 BGB. Platz greift. Und ebenso gilt dies von Wechseln, die zahlungshalber gegeben werden (Bolze 20 Nr. 526). Die Zweifelsfrage, ob ein an Zahlungsstatt gegebener Wechsel die Unwirksamkeit der Differenzschuld heilt, wird jetzt durch § 762 Abs. 2 BGB. gelöst. Denn auch ein solcher Wechsel ist eine Verbindlichkeit, die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld eingeht (RG. 51, 159; JW. 00, 495; 04, 124[21]), doch gilt das nur für Wechsel, welche lediglich die eigne Unterschrift des Schuldners tragen. Werden Wechsel, die der Schuldner in Händen hat, und die die Unterschrift anderer Personen tragen, an Zahlungsstatt zur Begleichung einer Differenzschuld gegeben, so ist zwar das eigene Giro des Schuldners insofern bedeutungslos, als es keine Verpflichtung erzeugt, aber die Übertragungswirkung des Giros bleibt bestehen (vgl. oben Anm. 22).

Wird der vorschußweise oder zahlungshalber oder an Zahlungsstatt gegebene Wechsel mit lediglich eigner Unterschrift vom Schuldner freiwillig eingelöst, so liegt wirkliche Zahlung vor. Aber auch wenn einem dritten redlichen Erwerber notgedrungen bezahlt werden mußte, kann das Gezahlte vom Differenzschuldner nicht zurückgefordert werden; denn auch hier liegt wirkliche Zahlung vor; ein Zahlungsversuch, der nunmehr zur Zahlung geworden ist (RG. 35, 196; RG. 47, 59; JW. 96, 420[58], 421[59]). Nur muß die Sache so liegen, daß der Wechselgeber zur Zeit der Realisierung des Wechsels durch den Wechselnehmer noch mit derselben einverstanden war. Es gilt hierüber das in Anm. 23 u. 24 Ausgeführte. Da auch im Betrieb eines Handelsgewerbes Differenzgeschäfte vorkommen können, so ist das gleiche auch der Fall mit der Zeichnung von Wechseln für Differenzschulden. Daher greift für diese die Vermutung des § 344 Abs. 2 Platz (vgl. § 344 Anm. 12). Um diese Vermutung zu entkräften, muß der Spiel- und Wechselschuldner dartun, inwiefern den Wechselgläubiger der Vorwurf der Arglist nach Art. 82 WO. trifft (hierüber § 364 Anm. 14 vgl. auch dort Anm. 16). Nur dies ist der Sinn der Entscheidung in RG. 56, 196 (a. M. BankA. 4, 11). Anm. 73.

Von Verpflichtungsscheinen gilt das Entsprechende.

f) Die Zurückforderung wird auch dadurch nicht möglich, daß der Differenzschuldner nicht gewußt hat, es handle sich um eine klaglose Differenzschuld. Anm. 74.

Wohl aber sind andere Anfechtungsgründe nicht ausgeschlossen (wegen Irrtums, Betrugs usw.). Vgl. hierüber oben Anm. 26.

g) Über Vergleiche gilt das oben Anm. 27 Gesagte. Anm. 75.

h) Über das schiedsgerichtliche Urteil gilt das in Anm. 28 Gesagte. Anm. 76.

i) Gleichgültig ist auch hier, ob das Geschäft im Auslande geschlossen ist, auch gleichgültig, ob es im Auslande zu erfüllen ist (vgl. oben Anm. 30; auch Bolze 22 Anm. 77.

Digitized by Google

Erk. zu § 376. Nr. 11); sollte das Geschäft auch nach ausländischem Rechte klagbar sein (RG. 37, 266; BayObLGZ. in SeuffA. 60, 267).

Ein im Auslande ergangenes Urteil aus einer Differenzschuld kann im Inlande aus den in Anm. 31 angegebenen Gründen nicht vollstreckt werden.

Anm. 78. k) Gesellschaftsverträge (vgl. Planck Vorbem. III vor § 762) zum Zwecke des Abschlusses von Differenzgeschäften sind jedenfalls insoweit gültig, als auf Zahlung des Verlustes oder Gewinnes geklagt werden kann (RG. 43, 152, wo auch auf die Bestimmungen des BGB. Bezug genommen ist). Die weitere Frage, ob aus solchen Gesellschaftsverträgen auf Zahlung von Einschüssen zum Zwecke der Ausführung und auf Ausführung von Differenzgeschäften geklagt werden kann, ist in RG. 43, 152 dahingestellt. Das Differenzgeschäft ist weder verboten, noch unsittlich (vgl. auch RG. in Holdheim 13, 49). Trotzdem hat ein solcher Gesellschaftsvertrag nicht die Wirkung, daß ein Gesellschafter auf Leistung des Einschusses zum Zweck des Weiterspielens, also auf Mitwirkung zur Ausführung des Spiels, klagen könnte. In jenem Fall (RG. 43, 148) war bereits gespielt; es handelte sich nun nur noch darum, ob der bereits eingetretene Verlust und Gewinn anteilsmäßig zu tragen sei. Den Erwerb eines Gewinnes hindert das Spielverbot nicht (vgl. ROHG. 14, 222). Dasselbe muß aber auch vom Tragen eines Verlustes gelten. Soll aber ein noch nicht begonnenes Spiel angefangen werden, so ist ein Zwang dazu eben nach § 762 BGB. nicht möglich (a. M. 6./7. Aufl.). Es ist dies derselbe Grund, weshalb ein Auftrag oder Dienstvertrag zum Zweck der Ausführung eines Spieles nicht erzwingbar ist (vgl. RG. 40, 259).

Anm. 79. l) Aufträge und Dienstverträge zu Differenzgeschäften ebenso wie zu Wetten sind unwirksam (RG. 12, 36; 40, 256; 43, 151; JW. 06, 228[18]; 51, 157; RG. bei Gruch. 47, 932; oben Anm. 65; OLG. Dresden SächsA. 15, 626; a. M. Hamburg OLGR. 10, 187; u. Recht 04, 602[2604]; Kiel OLGR. 12, 94; Staub DJZ. 03, 19). Soll das Auftrags- oder Dienstverhältnis ein Spiel zwischen Auftraggeber und Beauftragtem verdecken, so fehlt es überhaupt an einem Auftragsverhältnis. Es ist ein Spielgeschäft unmittelbar abgeschlossen. Dasselbe ist der Fall, wenn der Kommissionär von dem Selbsteintrittsrecht Gebrauch gemacht hat (oben Anm. 64). Aber selbst, soweit dies nicht der Fall ist, steht aus dem Auftrag zum Abschluß eines Differenzgeschäftes dem Beauftragten, dem erkennbar war, daß der Kommittent kein ernstliches Geschäft beabsichtige, kein Anspruch auf Erfüllung, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, noch auf Ersatz von Provision, Stempel oder sonstigen Auslagen zu (RG. 34, 265; 40, 258; 51, 157; RG. in OLGR. 12, 96 u. OLG. Hamburg HansGZ. 06 Beil. 218); dabei macht es nichts aus, ob der Einsatz geborgt oder vom Kommissionär ausgelegt worden ist (JW. 06, 228[18]). Selbst die ihm gezahlten und an Dritte abgeführten Einschüsse muß er zurückerstatten (oben Anm. 13). Hat der Beauftragte den Auftrag ausgeführt und einen Gewinn erzielt, so hat er ihn dem Auftraggeber herauszugeben (RG. 40, 256; 51, 159; Dresden OLGR. 12, 275). Denn insoweit war der Auftrag ausgeführt. Dieser Teil des Auftrags ist durch den § 762 BGB. nicht berührt, die Ausführung des Auftrags ist auch nicht unsittlich. Es besteht folglich kein Hinderungsgrund, weshalb der Auftraggeber das für ihn Erworbene von seinem Beauftragten nicht verlangen könnte. Anders dürfte regelmäßig die Sache liegen, wenn der Auftrag erteilt worden ist, eine Spielschuld einem Dritten zu bezahlen. Aus diesem vor Widerruf ausgeführten Auftrag entsteht ein Ersatzanspruch (vgl. RG. 45, 160).

Anm. 80. m) Ein Darlehen zum Zweck des Abschlusses oder zur Bezahlung von Differenzgeschäften und Wetten ist nicht ohne weiteres ungültig (Posen OLGR. 6, 448; Planck Vorbem. III vor § 762; Cosack BGB. I § 157[2a]). Es kann zwar nicht verabredet werden, es solle der Gläubiger das im voraus gegebene Geld als Zahlung verwenden (RG. 38, 238; JW. 03 Beil. 34[72]), oder es solle der Gläubiger ein Darlehn zur Ausgleichung des Differenzkontos geben, damit der Schuldner mit ihm spielen könne (oben Anm. 20). Das ist ein verdecktes Spielgeschäft; denn der Gläubiger erhält keine Befriedigung und der Schuldner zahlt nicht (JW. 02, 369[34]). Auch kann ein mit der Absicht zur

Digitized by Google

Förderung des Spiels gegebenes Darlehn nach den Umständen unsittlich oder doch unklagbar sein (Posen OLGR. 6, 448; JW. 06, 228[12]: Wettkommissionsbureaus). Ein Darlehn zum Zweck der Bezahlung bereits entstandener Spielschulden ist aber unter keinen Umständen zu beanstanden, wenn dabei nicht der Spielgläubiger der Geber war. Auch die Kenntnis des Darlehnsgebers davon, daß der Darlehnsempfänger das Geld zu erst abzuschließenden Spielgeschäften verwenden wolle, beeinträchtigt die Gültigkeit nicht (OLG. Hamburg HansGZ. 05, Beibl. 288; OLG. Frankfurt im Recht 03, 152; KG. OLGR. 12, 93). Exk. zu § 376.

6. **Differenz- und Spielgeschäfte sind stempelpflichtig** (RG. 49, 111; JW. 03, 148[65]). Anm. 81.

7. **Die Beweislast** für das Vorliegen einer Differenzschuld trifft den Schuldner, weil die Vermutung für einen ernstlich gemeinten Vertrag spricht (JW. 97, 171[23]) und eine Vermutung dafür, daß Zeitkäufe börsengängiger Papiere Differenzgeschäfte seien, nicht besteht (JW. 93, 357[45]). Also hat der Schuldner alle für die Spielabsicht bedeutsamen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen (JW. 00, 157[20]). Hat der Bankier einen Agenten zum Zweck der Zuführung von Differenzkunden gegen Provision aufgestellt, so ist er selbst für irrtümliche Belehrung dieses Bankagenten und Auskunftserteilung an solche Kunden verantwortlich (RG. 30, 28; JW. 93, 22[36]; 98, 360[39]). Es hängt dies mit der allgemeingültigen Auffassung zusammen, daß der Prinzipal, der sich zur Vermittlung von Abschlüssen einer unzuverlässigen Zwischenperson bedient, für deren Fehler einstehen muß, wenn der Dritte nicht erkennen konnte, daß das von der Zwischenperson Erklärte dem wahren Willen des Geschäftsherrn nicht entspreche (RG. 51, 147, 151 u. 157; 36, 42), dieser also nur ein Effektivgeschäft abschließen wollte. Es liegt hierin kein Widerspruch mit RG. 60, 188. War der Agent sich bei Entgegennahme des Auftrags des Kunden dessen Spielabsicht bewußt (RG. 30, 214; JW. 93, 25[76]), oder kannte der Bankagent auch nur die für eine Spielabsicht schlüssigen Umstände (JW. 98, 360[39]), so reicht dies auch für Annahme der Kenntnis des Bankiers aus. Letzterer kann sich nicht damit verteidigen, daß ihm sein Agent keine Mitteilung gemacht hat (vgl. Exk. zu § 85 Anm. 3 u. 5). Anm. 82.

Tritt der Spielcharakter des Geschäfts irgend hervor, so ist er von Amts wegen zu berücksichtigen (Kohler bei Holdheim 94, 48; v. Seeler ABürgR. 24, 15). Daß der Richter nach freier Überzeugung zu urteilen hat, liegt auf anderem Gebiet (Bolze 12 Nr. 51).

8. **Rückwirkende Kraft** hat § 762 BGB. nicht, weil er nicht von dem Grundsatz ausgeht, daß Spielgeschäfte und Wetten unsittlich seien; er hat auch keinen prohibitiven Charakter (JW. 03 Beil. 31[61]). Anm. 83.

§ 377.

Ist der Kauf für beide Theile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Waare unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange thunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. § 377.

Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Waare als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Waare auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.

Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

Digitized by Google

§ 377. Lit.: Hanauseck, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, Berlin 83; Krahmer, Die gegenseitigen Verträge, Halle 04; Schollmeyer, Erfüllungspflicht u. Gewährleistung für Mängel, IheringsJ. 49, 93; Schröder, Zur Gewährleistung für Sachmängel, Berlin 03; Stübel, Die Mängelanzeige, SächsA. 10, 405. Weitere Lit. beim Exk. vor § 373 u. Exk. zu § 374.

Einleitung. **Inhalt des Paragraphen und Einteilung des Erläuterungsstoffes.** Der Inhalt des Paragraphen besteht in dem Rechtsgrundsatz, daß der Käufer eine sofortige Mängelanzeige zu machen verpflichtet ist, um sich seine Rechte aus der mangelhaften Beschaffenheit der Ware zu erhalten. Dies weicht von den Vorschriften des BGB. ab, das eine solche Pflicht nicht kennt und in der Regel nur dann den Gewährleistungsanspruch des Käufers ausschließt, wenn er eine mangelhafte Sache angenommen hat, obwohl er den Mangel kannte (§ 464 BGB.). Der Rechtsgrundsatz ist aber nur anwendbar im Verkehr der Kaufleute unter einander (worin eine Abweichung vom früheren Recht liegt), aber nicht nur beim Übersendungsgeschäft, sondern auch beim Platzgeschäft (worin wiederum eine Abweichung vom früheren Recht liegt). Das Recht des Erfüllungsortes des Käufers entscheidet, ob und wann es einer unverzüglichen Mängelanzeige zur Erhaltung seiner Rechte bedarf (Exk. zu § 372 Anm. 13; RG. 46, 195).

Die Erläuterung des Paragraphen soll erfolgen nach folgender Disposition:

I. Die Voraussetzungen der Rügepflicht (Handelsgeschäft für beide Teile, mangelhafte Beschaffenheit der Ware. Anm. 1—10).

II. Die Mängelanzeige selbst und ihre Grundlage: die Untersuchung, sowie ihre zeitlichen, formellen und inhaltlichen Erfordernisse (Anm. 11—37).

III. Die Rechtsfolgen der unterbliebenen und der erfolgten Mängelanzeige (Anm. 31—147).

IV. Der besondere Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels (Anm. 148—177).

V. Die Besonderheiten bei teilweiser Lieferung und bei teilweiser Mangelhaftigkeit (Anm. 177—184).

VI. Vertragliche Änderungen der Regeln über die Anzeigepflicht und die Gewährleistung (Anm. 185—193).

In einem Zusatz 1 soll dann der Fall des einseitigen Handelskaufs (Anm. 195—198), in einem Zusatz 2 der Fall der Zusendung unbestellter Ware (Anm. 199—202) erörtert werden.

Anm. 1. **I. Die Voraussetzungen der Rügepflicht.**

A. Das Vorliegen eines Handelskaufs unter Kaufleuten, B. mangelhafte Beschaffenheit der Ware.

A. Das Vorliegen eines Handelskaufs unter Kaufleuten.

1. Zunächst muß ein Handelskauf vorliegen. Über diesen Begriff s. Exk. vor § 373 Anm 3ff. In kurzem sei wiederholt, daß es ein Kaufvertrag sein muß über eine Ware oder ein Wertpapier, und zwar ein Handelsgeschäft, und daß dazu auch der sog. Lieferungsvertrag gehört, durch welchen sich jemand verpflichtet, einem andern eine Sache zu beschaffen, die er zu diesem Zwecke anschaffen will, oder eine solche, die er aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herstellen will (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 14 u. 15). Auch der Kauf eines ganzen Handelsgeschäfts gehört hierher (ROHG. 25, 249; Exk. vor § 373 Anm. 3). Das Nähere hierüber unten Anm. 5 u. 42. Die Mängelrüge spielt auch bei den positiven Vertragsverletzungen eine Rolle (s. Exk. zu § 374 Anm. 183). Endlich kommt sie in Betracht bei schuldhafter Vertragserfüllung (unten Anm. 5 u. 103). Auch ein Vergleich kann ein Veräußerungsgeschäft sein (RG. 54, 165).

Der Kaufvertrag muß perfekt sein. Auf den Fall der Zusendung unbestellter Ware findet der vorliegende Paragraph keine Anwendung (ROHG. 10, 144). Über diesen s. unten Anm. 199ff. Über Zuvielsendungen s. unten Anm. 7.

Dagegen braucht es kein Übersendungskauf zu sein (anders als im früheren Recht).

Digitized by Google

Daß sich der Paragraph auch auf den Kauf auf Probe und auf den Kauf nach Probe bezieht, ist selbstverständlich (D. 224). Näheres im Exk. zu § 382. § 377.

2. Unter Kaufleuten muß der Kaufvertrag abgeschlossen sein oder, wie unser Paragraph sagt: der Kauf muß für beide Teile ein Handelsgeschäft sein. Wann ein Handelsgeschäft vorliegt, richtet sich nach den §§ 343, 344, auf die verwiesen wird. Zu erinnern ist nur daran, daß auch der, dessen Firma eingetragen ist, dessen Gewerbe aber kein Handelsgewerbe ist, nach § 5 als Kaufmann gilt. Aber auch der, der sonst im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, muß jedenfalls gegen sich gelten lassen, daß er Kaufmann ist. Er muß also jedenfalls die Pflichten des vorliegenden Paragraphen erfüllen. Aber auch der andere Teil muß, wenn er mit ihm als mit einem Kaufmann abgeschlossen hat, ihm gegenüber die Pflichten des § 377 erfüllen. Auf den Minderkaufmann findet die Vorschrift Anwendung (OLG. Dresden, SächsA. 11, 513; 12, 66; 14, 116). Anm. 2.

Ist ein Teil kein Kaufmann, und gilt er auch nicht als Kaufmann, so greifen andere Grundsätze Platz (s. unten Anm. 195).

B. **Mangelhafte Beschaffenheit der gelieferten Ware** (Qualitätsmangel). Die Anwendung des Paragraphen setzt regelmäßig voraus, daß die gekaufte Ware geliefert, jedoch mit Qualitätsmängeln behaftet ist. Anm. 3.

1. Geliefert muß die Ware sein. Wird überhaupt nicht geliefert, so liegt Nichterfüllung vor und es greift § 326 BGB. Platz. Dasselbe ist der Fall, wenn gänzlich wertlose Ware geliefert ist. Der Käufer kann die Ware zurückweisen, weil ihm nicht geliefert worden ist (hierüber Exk. zur § 374 Anm. 42). Der Käufer kann überhaupt jede mangelhafte Ware zurückweisen, die Lieferung als eine versuchte behandeln und, wie im Fall der Nichterfüllung, von § 326 BGB. Gebrauch machen, und das auch beim Kauf einer bestimmten Sache, nicht nur beim Gattungskauf (vgl. auch JW. 04, 198[7]). Ist dem Käufer die Ware aber einmal übergeben, so ist von Leistungsverzug keine Rede mehr. Es greifen dann die Gewährleistungsgrundsätze Platz. Denn ihre Anwendung ist vom Gefahrübergang, also von der Übergabe, abhängig (RG. 53, 73; 57, 399; JW. 05, 230[7]). Nur der Übersendungskauf macht eine Ausnahme. Hier kann die Ware noch zurückgewiesen werden, nachdem die Gefahr auf den Käufer nach § 447 BGB. übergegangen war. Über alle diese Fragen siehe die Erörterungen im Exk. zu § 374 Anm. 42 f.

2. Die gekaufte Sache muß geliefert sein. Ist eine andere Ware geliefert, so liegt eigentlich Nichterfüllung vor, und auf diesem Standpunkte stand auch die frühere Rechtsprechung (vgl. 5. Aufl. Art. 347 §§ 12 u. 13). Im Interesse der Rechtssicherheit hat jedoch § 378 den § 377 regelmäßig auch dann für anwendbar erklärt, wenn eine andere Ware geliefert worden ist. Anm. 4.

Abgesehen aber von dem Falle der Lieferung anderer Waren, der besonders behandelt wird (§ 378), muß die Ware, damit der § 377 Platz greift, mit Qualitätsmängeln behaftet sein.

a) Qualitätsmängel jeder Art sind gemeint, d. h. alle Fehler, für die nach den Regeln der Gewährleistung wegen Mängel der Sache gehaftet wird (hierüber unten Anm. 39 ff.), und zwar gehören hierher nicht nur Mängel physischer, technischer, chemischer und physikalischer Art (vgl. JW. 91, 422[23]), sondern auch solche nationalökonomischer und selbst ästhetischer Art, soweit sich bestimmte Eigenschaften dieser Art noch als Eigenschaften der Sache betrachten lassen (vgl. unten Anm. 39). Beim Verkauf eines Geschäfts unter Zusicherung eines bestimmten seitherigen Umsatzes oder mit bestimmter Kundschaft ist zwar unter Umständen, z. B. hinsichtlich des Bierausschankes in den Vorjahren, eine Untersuchung überhaupt nicht tunlich, der Mangel auch häufig nicht erkennbar. In diesen Fällen führt die Anwendung des § 377 dazu, daß die Mängelanzeige unverzüglich nach Entdeckung des Mangels zu erfolgen hat. Den Bedenken (Düringer in LZ. 07, 131) gegen die kurze Verjährung des § 477 BGB., welcher zufolge der Auffassung des Kaufs eines Handelsgeschäfts als Sachkauf (unten Anm. 42 u. Exk. vor § 373 Anm. 3) Anwendung zu finden hat, ist entgegenzuhalten, daß der Wille der Parteien gemäß Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrs- Anm. 5.

Digitized by Google

§ 377 sitte dahin geht, die Verjährung erst mit dem Zeitpunkt beginnen zu lassen, in dem die Entdeckung des Mangels möglich ist (vgl. unten Anm. 190).

Anm. 6. b) Nur Qualitätsmängel sind gemeint.

α) Also eigentlich nicht Quantitätsmängel. Aber unter Umständen werden gemäß § 378 auch diese nach den Regeln des § 377 behandelt.

Außerdem aber kann ein Quantitätsmangel zugleich Qualitätsmangel sein, z. B. zu große oder zu kleine Dimensionen bei Garnfäden von bestimmter Länge (ROHG. 15, 411), bei Tapeten von bestimmten Dimensionen (ROHG. 15, 303), das Fehlen einzelner Stücke bei einer Kollektion von Waren in bestimmter Musterzusammenstellung, oder bei einer vollständigen Zimmereinrichtung. Vgl. die Beispiele bei OLG. Hamburg ZHR. 38, 212: Gläser mit eingemachten Fischen, die deren zu wenig enthalten; Bretter, die zu dick oder zu dünn sind; Tuche, die zu schmal sind; Stücke Schlachtvieh, die nicht das zugesicherte Schlachtgewicht haben. Auch eine Partie Waren (sog. Ramschposten) ist ein unteilbares Ganze: Zuviel- oder Zuweniglieferung verändert die Qualität des Postens. Der Quantitätsmangel ist dann zugleich Qualitätsmangel, wenn der Posten unteilbar ist. Das Erkennungszeichen für die Untrennbarkeit oder Unteilbarkeit liegt bei einer Mankolieferung darin, daß das Gelieferte infolge des Manko nicht bloß im zahlenmäßigen Verhältnis zum Ganzen, sondern um ein Mehr minderwertig wird, und ebenso bei einer Zuvielsendung darin, daß die Ausscheidung des Zuviel das Ganze nicht nur entsprechend, sondern um ein Mehr entwerten würde. In diesen Fällen ist eine Ergänzung des Zuwenig und eine Ausscheidung des Zuviel ohne unverhältnismäßige Entwertung des Ganzen nach der Sachlage nicht tunlich, und deshalb liegt ein Qualitätsmangel vor (RG. in ElsLothrZ. 29, 302; vgl. unten Anm. 180 f., wo die Untrennbarkeit von einem andern Gesichtspunkte aus behandelt wird, nämlich für den Fall, daß die untrennbaren Gegenstände zwar alle geliefert sind, aber ein Teil mangelhaft).

Anm. 7. Auch dann kann eine Zuvielsendung ein Qualitätsmangel sein, wenn die Ausscheidung des Zuviel zwar tunlich ist, insofern sie die Ware nicht entwerten würde, aber zeitraubend und kostspielig wäre (ROHG. 18, 242; RG. 23, 127; RG. in ZHR. 26, 572). Vgl. unten Anm. 181.

Anm. 8. β) Auch sonstige Vertragswidrigkeiten sind nicht gemeint: in bezug auf die Zeit (Zuspätsendungen, RG. 1, 21, oder Zufrühsendung; a. M. OLG. Marienwerder SeuffA. 61, 25), wenn nicht etwa die Ware infolge der verspäteten Versendung schadhaft geworden ist. In letzterem Fall ist dieser Anspruch ein verdeckter Gewährleistungsanspruch und verlangt Mängelrüge. Ferner gehören nicht hierher Vertragswidrigkeiten in bezug auf den Ort, in bezug auf die Art der Lieferung (z. B. Versendung auf einem teureren Verkehrswege, oder auf ungünstigere Art; z. B. mit Begleitschein I statt mit Begleitschein II; Bolze 19 Nr. 574): in bezug auf die Erfüllung sonstiger Zusagen, z. B. Nichterfüllung des zugesagten Alleinverkaufs, Nichtinserierung der Übertragung des Verkaufs trotz Zusage; Bestehen einer höheren Spiritussteuer als garantiert (Bolze 8 Nr. 499); Mangel des vereinbarten Attestes über den Zustand der Ware bei der Abladung (Bolze 4 Nr. 714); desgleichen regelmäßig die Verpackung (Bolze 21 Nr. 482); vgl. jedoch über die Verpackung das Folgende. (Über andere Vertragsverletzungen, positive Vertragsverletzungen s. Exk. zu § 374 Anm. 172; über schuldhafte Vertragserfüllung s. unter Anm. 100).

Anm. 9. Es muß aber betont werden, daß auch Abweichungen anderer Art sich oft als Qualitätsmängel darstellen, wenn z. B. Verpackung der Ware in kleinen Kistchen (ROHG. 11, 106), oder Auslandspackung z. B. so bedungen ist, daß die Exportware in Paketen mit bestimmter Stückzahl (RG. II 533/04 Urt. v. 19. 5. 05; vgl. ROHG. 11, 106), oder so zu liefern ist, daß die zum Teertransport zu stellenden Fässer die Seereise aushalten (hier sind die Fässer Teil der Ware; RG. II 583/04 Urt. v. 2. 6. 05) oder so, daß die Verpackung vor dem tropischen Klima schützt. Das Versprechen von Tropenverpackung, einschließlich des zu verwendenden Konservierungsmittels, steht dann der Zusicherung einer Eigenschaft

Digitized by Google

der Ware gleich (RG. 59, 120). Abweichung des Maßes von den Angaben auf den Etiketten ist Qualitätsmangel, weil die Entfernung der Verpackung die Ware entwertet hätte (Bolze 4 Nr. 724); beim Büchsenhopfen gehört genügende Dichtung der Büchsen zur Qualität (Bolze 8 Nr. 500); Schmalz in schweren Fässern ist schlechter verkäuflich; daher ist schwere Tara Qualitätsmangel (Bolze 12 Nr. 427); Verpackung von Zigarren ist meist Eigenschaft der Ware (Bolze 14 Nr. 425). Sind Spritfässer als neue mitverkauft, so sind sie selbst Ware (RG. 59, 123; Puchelt-Förtsch Art. 347 Anm. 5d). § 377.

γ) Am allerwenigsten gehört dazu eine Abweichung vom bedungenen Preise. Anm. 10.
Der Käufer ist weder verpflichtet, die Preisberechnung der Faktura zu rügen oder sofort zu rügen, wenn sie vom bedungenen Preise abweicht, noch ist er berechtigt, die Ware deshalb zur Verfügung zu stellen oder den Empfang abzulehnen. Er ist vielmehr berechtigt und verpflichtet, die Ware anzunehmen. Die Rüge kommt regelmäßig zurecht, wenn sie bei der Preisregulierung erfolgt; aber nicht so, daß jede einzelne Faktura bezahlt wird, um die Kürzung bei der letzten Faktura vorzunehmen (vgl. ROHG. 1, 149; 2, 382; 6, 166; Bolze 3 Nr. 714; RG. bei Holdheim 3, 327); doch kann nach Treu und Glauben im Handelsverkehr hier unter Umständen eine sofortige Rüge gefordert werden, z. B. wenn eine spätere Feststellung oder Preisermittelung nicht mehr möglich ist. Auf keinen Fall aber greifen die formellen Vorschriften des § 377 Platz (vgl. über die Unterschiede, die sich hieraus ergeben, unten Anm. 198). Abweichend Gareis-Fuchsberger Note 120, welche die Rügepflicht sogar schon von Empfang der Faktura an erstrecken. Auch kann unter Umständen dem Käufer das Recht zugestanden werden, die Annahme der Ware abzulehnen, wenn ihm die Zahlung eines höheren als des verabredeten Preises zugemutet wird; es müssen dann allerdings die aus der Annahme entstehenden Gefahren erhebliche sein (vgl. Bolze 5 Nr. 647). Jedenfalls darf der Käufer, wenn er die Ware des Preises wegen beanstandet hat, es nicht unterlassen, auch die Qualität zu bemängeln, da die erstere Rüge die zweite keineswegs ersetzt (ROHG. 2, 382; 6, 166). Beim Handel mit chemischen Produkten soll sich der Preis oft nach der Abweichung von einem gewissen Mindestgehalt an gewissen Stoffen richten, der durch Analyse zu ermitteln ist. Dann handelt es sich zwar auch um eine Preisberechnung; allein der Käufer muß die Analyse so zeitig vornehmen und einsenden, daß der Verkäufer nachprüfen kann. Das ergibt sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben. Rechtlich beurteilt sich ein solcher Kauf dahin, daß Gegenstand des Kaufs nicht eine Ware mit bestimmtem Prozentgehalt bildet, sondern es sind Prozente von den und jenen Stoffen gekauft, wie sie die Ware aufweist. Das Bestellte ist hier geliefert. Deshalb kommt man mit den Grundsätzen über Mängelrüge nicht aus.

II. Die Mängelrüge selbst und ihre Grundlage, die Untersuchung.

A. Die Grundlage der Mängelanzeige ist die Untersuchung.

1. Verhältnis der Untersuchung zur Mängelanzeige. Die Mängelanzeige ist die Hauptsache, nicht die Untersuchung. Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist allerdings die Untersuchung dem Käufer als Pflicht auferlegt und der Mängelanzeige ebenbürtig an die Seite gestellt. Aus der Natur der Sache aber ergibt sich, daß die Untersuchung nicht den Charakter einer der Mängelanzeigepflicht gleichgestellten Rechtspflicht hat, sondern nur als Grundlage der Mängelanzeige in Betracht kommt in dem Sinne, daß der Käufer berechtigt ist, seine Mängelanzeige auf eine Untersuchung der Ware zu stützen. Anm. 11.

Daraus folgt, daß die Mängelanzeige auch dann dem Gesetz entspricht, wenn der Käufer die Ware nicht untersucht hat. Der Käufer kann die Kenntnis der Mängel auch anderswoher haben, z. B. von seinen Abnehmern (ROHG. 8, 221), oder sie nur vermuten oder aufs Geratewohl behaupten, wenn er sie nur rechtzeitig rügt, und sie wirklich vorhanden sind (ROHG. 12, 92; 13, 10; 15, 201; JW. 06, 762[34]). Nur die Mängelanzeige, nicht die Untersuchung ist gesetzliche Pflicht des Käufers (RG. 47, 22). Damit hängt es zusammen, daß der Käufer auch vor der Ankunft der Ware am Ablieferungsorte die Anm. 12.

Digitized by Google

§ 377. Mängel anzeigen kann (unten Anm. 29) und die Anzeige überhaupt unnötig ist, wenn er bereits vor der Ablieferung die Annahme der Ware abgelehnt hat (unten Anm. 29).

Anm. 18. 2. Die Untersuchung muß, wenn sie erfolgt, sachgemäß und rechtzeitig geschehen.

[a] Sachgemäß. Was dies bedeutet, sagt das Gesetz nicht, wie es dieses Erfordernis überhaupt nicht hervorhebt; worin das Erfordernis besteht, ergibt sich aus dem Zweck der Untersuchung und der Handelssitte (vgl. RG. in ZHR. 26, 571; RG. 43, 9). Sie soll dem Käufer die zuverlässige Überzeugung von der Beschaffenheit der Ware verschaffen. Demzufolge enthält das Recht der Untersuchung das Recht des Käufers, die Sache so lange und in der Weise zu prüfen, daß er in der Lage ist, zu einem zuverlässigen Urteile über die Beschaffenheit der Ware zu gelangen. Die zur Untersuchung erforderliche Zeit und die hierzu erforderlichen Hantierungen mit der Ware gehören zur Untersuchung, durch sie vergibt sich der Käufer nichts. Wohl aber durch Überschreitung dieser Befugnis, also wenn der Käufer länger untersucht: denn dadurch verzögert sich die Anzeige; oder wenn er mehr verbraucht, als zur Prüfung nötig ist; denn darin liegt eine unberechtigte Verfügung über die Ware, die ihn jedenfalls an der Rückgabe hindert (ROHG. 16, 321 u. unten Anm. 65 ff.). Hiernach ist der Käufer nicht verpflichtet, sofort zu rügen, sobald er die Mangelhaftigkeit, nur vermutet, sondern erst wenn er sie feststellt und volle Sicherheit erlangt hat (ROHG. 11, 99; 18, 215; Bolze 1 Nr. 1085; 9 Nr. 405; 15 Nr. 357; 4 Nr. 711: Käufer hatte aus der dunkeln Farbe des Mehls auf Dumpfigkeit geschlossen, gleichwohl durfte er noch eine Backprobe vornehmen; RG. 47, 22: im Keimapparat zeigte die Braugerste Mängel, trotzdem durfte die zuverlässigere Tennenprobe noch vorgenommen werden; vgl. auch RG. bei Holdheim 14, 186; u. JW. 01, 189 [8]). Die Untersuchung muß begonnen werden, sobald Zweifel hervortreten (Bolze 19 Nr. 544), und muß man im allgemeinen davon ausgehen, daß der Käufer entweder die erforderliche Sachkenntnis der Ware, mit der er handelt, besitzt, oder für ausreichende Untersuchung in der üblichen Zeit Sorge zu tragen hat (JW. 04, 561 [27]). Hat er die Ware schon als vertragswidrig erkannt (ROHG. 16, 321), oder war der Mangel ohnehin sofort zu erkennen (RG. in HansGZ. 04 Hauptbl. 155), so bedarf es nicht noch einer Untersuchung; die Anzeige muß dann sogleich gemacht werden (JW. 01, 189 [8]). Hatte der Käufer die Ware weiterverkauft, so braucht er nicht sofort bei der ersten Anzeige seitens eines Abnehmers zu rügen; er darf bei Waren eigener Art (Saatgut) den Einlauf mehrerer Anzeigen, der ausgesäete Weizen sei kein Sommerweizen, abwarten, um die erforderliche Sicherheit zu gewinnen (RG. bei Holdheim 05, 186).

Zur sachgemäßen Untersuchung gehört auch unter Umständen die Zuziehung von Sachverständigen; nämlich dann, wenn nur ein Sachverständiger mit technischen Kenntnissen zur Untersuchung imstande ist, der Käufer ein solcher nicht ist, und wenn in dem betreffenden Handelszweige die Prüfung durch Sachverständige üblich ist (RG. 59, 45; Bolze 7 Nr. 585). Es besteht sogar eine Verpflichtung zum Zuzug eines Sachverständigen, wenn dies in dem betreffenden Geschäftszweig üblich ist (JW. 01, 424 [7]), oder wenn die Beschaffenheit, z. B. durch bakteriologische Untersuchung, nur durch einen Sachverständigen erkannt werden konnte, oder wenn der Käufer, dem die Fachkenntnisse abgehen, Grund zu der Vermutung hat, es möchte ein heimlicher Mangel vorhanden sein, der bei längerem Zuwarten die ganze Ware ergreifen würde; denn zum ordnungsmäßigen Geschäftsgang gehört sowohl das „Wie" als auch das „Wann" der Untersuchung. Über die Notwendigkeit sachverständiger Untersuchung entscheiden im übrigen die objektive Sachlage und die allgemeinen Verkaufsanschauungen, nicht die persönlichen Verhältnisse des Käufers, dessen Geschäftsgang oder dessen Anschauungen. Der Käufer muß vorsorgen, daß diese Untersuchung auf die rascheste, einfachste und zuverlässigste Weise vor sich geht (RG. 59, 45; JW. 04, 561 [27]). Es muß also die zuverlässigste Prüfungsmethode sofort zur Anwendung kommen, auch der geeignete Sachverständige ausgesucht werden, so daß nicht durch Versendung von Proben oder durch das Anhören mehrerer Sachverständiger ungebührlich Zeit verloren geht und bei dieser Prüfung nicht mehr als erforderlich von der Ware verbraucht wird. Anders verhält es sich, wenn eine Prüfung durch einen Sachverständigen nicht üblich ist; das wird z. B. bei Mehl für einen Bäcker regel-

Digitized by Google

mäßig zutreffen (JW. 01, 424[7]; ROHG. 7, 409: Das gekaufte Saatgut war auf seine Keim- § 377.
fähigkeit durch den gelehrten Botaniker sofort, vom gewöhnlichen Landwirt aber erst nach dem Ergebnis der Aussaat zu beurteilen, die Untersuchung letzterer Art genügt), oder wenn die Untersuchung durch einen Sachverständigen zweckwidrig ist (Bolze 13 Nr. 428). Dies ist z. B. der Fall beim Kauf einer gebrauchten Maschine zu eigener Verwendung, wenn die Inbetriebsetzung gelungen war. Hier darf, selbst wenn sich Mängel gezeigt haben, zugewartet werden, wie sich die Sachlage beim Gebrauch gestaltet (RG. 59, 75). Das Recht der Untersuchung gibt dem Käufer ferner das Recht des Gebrauchs der Ware, wenn und soweit die Qualität nicht ohne Gebrauch festgestellt werden kann (z. B. bei Maschinen, ROHG. 11, 99). Anheizen von Kaminen (ROHG. 11, 312); unter Umständen sogar monatelanges Gebrauchen der Maschine (RG. 59, 75; Bolze 6 Nr. 561), ja sogar das Recht des teilweisen Verbrauchs, wenn dies zur Überzeugung von der gehörigen Qualität gehört, z. B. Verarbeiten von Wolle (ROHG. 12, 91); von Tabak (ROHG. 22, 151); Färben eines Teils der Ware (ROHG. 9, 404); Weben und Färben (Bolze 7 Nr. 561); probeweises Verbacken von Mehl (ROHG. 8, 174; ebenso Bolze 4 Nr. 711); Verarbeitung der Kohlen zu Koks zum Zwecke der Prüfung des Koksgehaltes (Bolze 9 Nr. 399); Einmälzen von Gerste (Bolze 15 Nr. 357). Ebenso kann die Umhüllung, die Verpackung beseitigt werden, wenn der Käufer sich anders ein zuverlässiges Urteil über die Ware nicht bilden kann, es sei denn, daß die Ware dadurch in ihrem Werte gemindert wird (Champagner, Konserven usw.), oder daß es auf die Originalverpackung ankommt. In diesen Fällen braucht der Käufer die Ware nicht zu enthüllen, wenn es sich um kleine Mengen handelt und schon die Entnahme einer kleinen Probe eine empfindliche Entwertung verursachen würde. Der Käufer darf sich hier auf die Prüfung der Verpackungsart und der äußerlich erkennbaren Beschaffenheit beschränken (ROHG. 17, 217). Ist aber die Entnahme und Öffnung von Stichproben möglich, ohne daß dadurch eine Entwertung oder Unverkäuflichkeit der Ware in erheblichem Umfange eintritt, so muß diese Art der Untersuchung stattfinden (RG. 57, 10; 59, 124).

Soweit der Käufer berechtigt ist, von seinem Untersuchungsrecht Ge- Anm. 14.
brauch zu machen, soweit ist er auch zur Vermeidung des Genehmigungspräjudizes dazu verpflichtet, wenn er durch die unterlassene Prüfung die Mängelanzeige verzögern würde (RG. 43, 9). Der Mehlhändler muß daher, wenn eine äußere Besichtigung nicht genügt, ohne Verzug eine Backprobe anstellen und darf nicht warten, bis er das Mehl an die Bäcker veräußert und von diesen das Ergebnis erfahren hat (ROHG. 8, 174), der Lichtehändler muß einige Lichte zur Probe brennen lassen (ROHG. 3, 84); der Käufer von Gerste sie durch Zerschneiden oder Zerdrücken auf Würmer untersuchen (Bolze 12 Nr. 470). Braugerste muß gemälzt werden (RG. 47, 20). Mit Automobilschutzdecken muß eine Probefahrt gemacht werden. Der Weinhändler muß den Wein auch auf seinen Zuckergehalt prüfen (Hamburg OLGR. 9, 273). Vgl. auch ROHG. 9, 404: Seide muß probeweise gefärbt und verarbeitet, nicht nur gefärbt werden; natürlich nur eine Probe, nicht die ganze Ware darf gefärbt werden (JW. 99, 576[18]); ferner Bolze 7 Nr. 561; 16 Nr. 418; OLG. Hamburg in ZHR. 38, 209: Einschmelzen einer Kette im Werte von 25 Mk. bei einer Sendung von 1000 Mk. ist geboten; Hamburg OLGR. 7, 388: Aufopferung von 4 Prozent der Ware sei nicht zu viel. Ist die Stichprobe überhaupt unterlassen, so hat sich der Käufer selbst der Möglichkeit des Erkennens von Fehlern beraubt. Er kann nicht einwenden, die Stichprobe hätte möglicherweise ein tadelloses Stück getroffen. Auch ist es einerlei, daß der Käufer die zur Verarbeitung eines Probeteils nötigen Einrichtungen nicht selbst besitzt (RG. in SeuffA. 44 Nr. 184).

Zur sachgemäßen Untersuchung gehört auch der Umfang der Untersuchung. Anm. 15.
Es kann nämlich dem Käufer nicht immer zugemutet werden, die ganze Ware in allen ihren einzelnen Bestandteilen zu untersuchen. Es wäre das oft zu zeitraubend und oft auch zu kostspielig. Daher wird es mit Recht für genügend erachtet, wenn der Käufer bei einer Ware, deren einzelne Stücke von gleicher Beschaffenheit sein sollen und voraussichtlich auch sind, immer

Digitized by Google

§ 377. nur einzelne Stücke untersucht, etwa in Form von Stichproben. Tut dies der Käufer, so gilt die ganze Waare als untersucht. Bezeichnet er hiernach die Ware als mangelhaft und gelingt ihm der Beweis, daß die von ihm gemachten Stichproben die Mängel hatten, so wird es so angesehen, als sei die ganze Ware mangelhaft. Die Untersuchung braucht nicht skrupulös zu sein, sie darf aber auch nicht oberflächlich sein; es kann die eine oder die andere Kiste, Flasche usw. untersucht werden; aber nicht übermäßig wenig (ROHG. 5, 261; 7, 428; 12, 93; 14, 287; Bolze 13 Nr. 429; JW. 00, 856[13]; RG. 57, 11). Es bleibt indessen dem Verkäufer der Gegenbeweis offen, daß die nicht untersuchten Stücke gut und fehlerfrei sind (Bolze 8 Nr. 502), außer wenn eine Sendung vorliegt, die als einheitliches Ganze zu betrachten ist (Bolze 13 Nr. 429; JW. 97, 13[35]; 98, 15[40]; a. M. 6./7. Aufl.). Das will heißen: rechtfertigen die Umstände die Entnahme von Stichproben, wie bei großen gleichartigen Mengen, so reicht dies zur Annahme gehöriger Untersuchung aus. Zeigen sich später Mängel in dem nicht untersuchten Teil der Ware, so kann dem Käufer der Einwand verspäteter Mängelrüge nicht gemacht werden; aus der Beschaffenheit der Stichproben kann das Gericht schließen, daß die ganze Ware dieselbe Beschaffenheit zeigt. Das ist aber nur ein Schluß, der mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt, wenn der Käufer zufällig gerade schlechte Stücke als Probe gezogen hat. Deshalb kann dem Verkäufer der Beweis nicht versagt werden, daß der nicht untersuchte Teil der Ware von vertragsmäßiger Beschaffenheit ist (vgl. ROHG. 12, 93; OLG. Hamburg HansGZ. 03 Hptbl. 219). Ein Schluß auf gleichmäßige Beschaffenheit der ganzen Ware ist übrigens nicht möglich, wenn die Ware von verschiedenen Ursprungsorten kommt oder in kleinen Partien gekauft ist. Alsdann muß die Untersuchung die einzelnen Teile umfassen (ROHG. 7, 427; 12, 93; JW. 93, 164[24]).

Anm. 16. b) Rechtzeitig muß die Untersuchung erfolgen, nämlich unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang tunlich ist. Die Ablieferung ist der Akt, durch den der Verkäufer die Waare aus seiner Verfügungsgewalt entläßt, und sie in die Verfügungsgewalt des Käufers oder seines Bevollmächtigten gelangt (JW. 03, 244[26]; Holdheim 9, 50), und nicht ganz allgemein der Akt, durch den der Verkäufer dem Käufer nur die Möglichkeit gewährt, die Sache in seine Verfügungsgewalt zu bringen (so früher RG. 5, 31; Bolze 16 Nr. 416 und mit Einschränkung JW. 98, 167[38]). Denn lehnt der Käufer die Annahme ab, so verhindert er die Ablieferung; von Mängelrüge kann keine Rede sein (unten Anm. 29). Die Übersendung der Faktura ist hier überhaupt bedeutungslos; aus der Faktura erkannte Mängel brauchen daher nicht sofort gerügt zu werden. (JW. 04, 341[10]). Auch die bloße Übergabe des Lieferscheins (OLG. Hamburg, HansGZ. 02 Hptbl. 78), der Postpaketadresse (Hamburg OLGR. 6, 91), des Frachtbriefs (RG. 5, 32), oder die Mitteilung des Spediteurs, des Verkäufers, daß die Ware bei ihm zum Empfang bereitliege (RG. im Recht 04, 83), bedeutet noch nicht die Ablieferung. Der Lieferschein kann noch zurückgewiesen, die Bereiterklärung zur Abnahme der Post, dem Frachtführer und dem Spediteur gegenüber versagt werden. Erst die Abladung am Ende des Transports (ROHG. 6, 167; 13, 366; OLG. Darmstadt, Recht 03, 161), die Ausladung aus dem Schiff (KG. in OLGR. 8, 390), oder die Überlassung der Ware seitens des Adressaten an den Frachtführer oder Spediteur zur Weiterversendung (ROHG. 10, 146), oder zur Verwahrung ist Ablieferung. Die Ablieferung ist regelmäßig mit Ausfolgung der Ware an den Spediteur oder Frachtführer des Käufers geschehen (ROHG. 3, 391; RG. in LG. 07, 289[7]); denn es ist Sache des Käufers, mit de Empfangnahme und der sich daran anknüpfenden Untersuchung dazu fähige Personen zu betrauen. Es darf die Sache aber nicht so liegen, daß nach dem Parteiwillen die Tätigkeit dieser Personen sich lediglich auf die Empfangnahme und den Weitertransport beschränken, die Untersuchung aber erst am Wohnort des Käufers oder am Bestimmungsort der Ware vorgenommen werden soll (hierüber unten Anm. 21). Übersendet der Käufer den Lieferschein an den Spediteur, Lagerhalter usw. mit Verfügungsorder, oder erteilt er auch nur Auftrag zur Ziehung einer Durchschnittsprobe oder Übersendung eines Ausfallmuster, so hat die Ablieferung stattgefunden (vgl. JW. 02 Beil. 279[227]); es wäre denn, daß die Probeziehung

Digitized by Google

§ 377. selbst noch die Mitwirkung des Verkäufers erheischt, oder der Lagerhalter nicht unbedingt zur Herausgabe der Ware bereit war, z. B. nur gegen Akzept (RG. bei Holdheim 04, 70). Eine Ablieferung ist nicht erfolgt, solange dem Käufer die Ware nicht so angeboten ist, daß er sie gehörig prüfen kann (vgl. Exk. zu § 372 Anm. 46); also z. B. dann nicht, wenn der Verkäufer die Ware wohl brieflich anbietet, sie aber selbst in Gewahrsam behält (RG. in ElsLothZ. 05, 523), oder wenn dem Käufer vorerst nur das Konnossement übermacht ist (Exk. zu § 372 Anm. 46b; OLG. Kiel SchlHolstAnz. 05, 293). Dagegen ist diese Möglichkeit mit Eintreffen der Bahnanzeige von der Ankunft der Ware am Bestimmungsort vorhanden (RG. in Gruch. 43, 763; Jena OLGR. 11, 411). Daher ist die Ablieferung, wenn der Verkäufer die Aufstellung und Montierung von Maschinen, Öfen u. dgl. übernommen hat, erst mit der betriebsfertigen Herstellung geschehen (JW. 94, 22[56]; 03, 244[26]), obgleich der Verkäufer seiner Übergabepflicht an seinem Wohnort genügt (JW. 00, 829[5]). Hat der Käufer die Ware nur unter dem Vorbehalt angenommen, daß er sie im Fall ihrer Mangelhaftigkeit unterwegs ausladen und endgültig untersuchen dürfe, und ist die Ware auf Grund dieses Vorbehalts an den Verkäufer zurückgekommen, so hat keine Ablieferung stattgefunden (JW. 02, 425[32]). Natürlich ist die Ware auch dann abgeliefert, wenn der Käufer die Ware ohne Zutun des Verkäufers in seinen Gewahrsam gebracht hat. Entscheidend ist nur, daß die Ware mit Wissen des Käufers in seinen Gewahrsam gelangt ist. Sollte die Ware zum Zweck des Weiterverkaufs in dem Gewahrsam des Verkäufers verbleiben, so war dem Verkäufer die zum Begriff der Ablieferung gehörige Möglichkeit, sich durch streng einseitigen Akt den Gewahrsam zu verschaffen und die Ware zu untersuchen, nicht gegeben, wenn seitens des Käufers vorerst nur eine oberflächliche Untersuchung stattgefunden hatte, die zur Entdeckung der Mängel nicht führen konnte (JW. 05, 797). Die ganz eigenartige Gestaltung dieses Falles nimmt jedoch der Regel, daß dem Käufer abgeliefert ist, wenn er mit dem Verkäufer hinsichtlich der verkauften Ware einen Verwahrungsvertrag schließt, seine Bedeutung nicht. Über den Ablieferungsort siehe unten Anm. 20; dort weitere Einzelheiten über die Ablieferung.

Anm. 17. Die Ablieferung ist auch maßgebend bei Zufrüh- und Zuspätsendungen. Läßt es der Käufer in diesen Fällen zur Ablieferung nicht kommen, so ist dies eine andere Sache. Läßt er sich aber die Ablieferung gefallen, so beginnt von diesem Zeitpunkte seine Untersuchungs- und Rügepflicht.

Anm. 18. *Unverzüglich, soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang tunlich ist.* Der Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsganges richtet sich dabei nach objektiven Regeln und zwar nach den am Erfüllungsort des Käufers geltenden Regeln. Keinesfalls ist unter ordnungsmäßigem Geschäftsgange zu verstehen, daß notwendig bei der ersten Gelegenheit reklamiert werden müsse, sondern nur, daß keine Zeit verstreichen darf, die bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange als unbegründeter Verzug erscheint (ROHG. 2, 237; Bolze 15 Nr. 357; 16 Nr. 432). Das heißt, nicht die Geschäftsübung des Käufers, sondern die Übung, wie sie in dem betreffenden Geschäftszweig besteht, entscheidet (RG. 59, 120; JW. 06, 762[34]). Doch kommen dabei die Umstände des einzelnen Falles, insbesondere die Zeit in Anschlag, die durch den notwendigen Umfang der Untersuchung bedingt ist; also auch die Natur der Ware: Versandwein muß sich erst setzen und klären (ROHG. 15, 213), auch auf seinen Zuckergehalt geprüft werden (Hamburg OLGR. 9, 273); eine Maschine erfordert Aufstellung und längere Beobachtung (ROHG. 11, 99); beim Kauf einer gebrauchten Maschine, bei der ja das Vorhandensein von Fehlern anzunehmen ist, kommt es mehr darauf an, wann die Überzeugung von der Nutzlosigkeit von Ausbesserungen vorhanden sein muß (RG. 59, 75; Bolze 6 Nr. 561); ähnliche Grundsätze gelten beim Kauf von Gelegenheitsware, und wenn es sich um Ausbesserung bereits angezeigter Mängel handelt (vgl. ROHG. 11, 312); Kamine müssen angeheizt (ROHG. 11, 317), Mehl muß probeweise gebacken werden (Bolze 4 Nr. 711). Auch die Frage, ob die Ware erheblichen Preisschwankungen ausgesetzt ist, ist in Betracht zu ziehen; wenn dies der Fall ist, so ist größere Eile in der Untersuchung erforderlich (ROHG. 2, 336). Auch der allgemeine Gang eines Geschäfts, wie es der Käufer betreibt, ist zu berück-

Digitized by Google

§ 377. sichtigen; z. B. kann im Großhandel der Käufer die Ware in seinen Speicher nehmen, wenn erst dort eine vollständige Untersuchung tunlich ist (OLG. Hamburg, HansGZ. 04 Hptbl. 96). Bei einem Betriebe von unbedeutendem Umfange, bei dem der Geschäftsherr selbst den technischen Betrieb zu leiten und die kaufmännische Disposition zu treffen hat, auch der einzige zu sein pflegt, der die zur Prüfung der Ware erforderliche Sachkunde besitzt, kann die Untersuchung sich oft um einige Tage hinausschieben (OLG. Kiel ZHR. 36, 257). Regelmäßig aber sind zufällige persönliche Behinderungen nicht zu berücksichtigen (OLG. Karlsruhe u. Hamburg ZHR. 36, 258), z. B. Abwesenheit des Käufers, ungenügende Lagerräume (Bolze 16 Nr. 418; JW. 93, 164[25]), ungenügendes Personal und die Übung des Käufers, die spätere Lieferung erst nach Verbrauch der früher gelieferten zu verarbeiten und zu untersuchen (JW. 99, 576[16]). Für solche Fälle muß der Firmeninhaber gehörige Vorkehrungen treffen, das gehört zum ordnungsmäßigen Geschäftsgange (ROHG. 3, 42, 47, vgl. JW. 04, 561[27]); er muß also die Triebkraft zur Erprobung der gelieferten Maschine bereit halten; es wäre denn, daß der Verkäufer mit einem gewissen Aufschub zu rechnen hat, weil er weiß, daß die Erprobungsmittel nicht so schnell zu beschaffen sind. Unter besonderen Verhältnissen wurde eine kurze Abwesenheit des Käufers, der keinen Stellvertreter hatte, für entschuldbar befunden (ROHG. 11, 306). So wird man es auch als Entschuldigung gelten lassen müssen, wenn mehrere große Sendungen zu unerwarteter Zeit eintreffen (Hahn 303). Die Untersuchung muß ohne jeden, bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang nicht zu entschuldigenden Verzug begonnen und fortgesetzt werden. Auch dafür, ob die gewählte Art der Untersuchung dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entspricht, kommt die in dem betreffenden Handelszweig bestehende Übung in Betracht; eine tatsächliche Übung genügt; an einen verpflichtenden Handelsgebrauch ist hier nicht zu denken.

Anm. 19. Über vertragsmäßige Ausdehnung oder Verkürzung der Untersuchungsfrist siehe unten Anm. 32.

Anm. 20. Der Ort der Untersuchung ist regelmäßig der Ablieferungsort (Bolze 13 Nr. 439; 18 Nr. 451; RG. in LZ. 07, 289[7]). Welches der Ablieferungsort ist, richtet sich nach dem Begriff der Ablieferung (vgl. daher oben Anm. 16). Daß der Ablieferungsort nicht notwendig mit dem Erfüllungsort zusammenfällt, weil der Verkäufer regelmäßig an seinem Wohnort zu erfüllen hat (ROHG. 11, 40; RG. 46, 193; 51, 163), ist schon in Erk. zu § 372 Anm. 15 f. dargelegt. Über den Bestimmungsort ist das Erforderliche in Erk. zu § 372 Anm. 13 gesagt. Ausdrücklich oder stillschweigend, also auch durch Handelsgebrauch, kann bestimmt sein, daß die Untersuchung nicht am Ablieferungsort, sondern an einem Orte vorzunehmen ist, an den die Ware erst später gelangt, insbesondere am Bestimmungsort. Ist ein Ablieferungsort bestimmt, so ist die Ware doch nicht abgeliefert, wenn der Verkäufer dort die Ware anbietet, sie aber doch in seinem Gewahrsam behält (RG. in ElsLothZ. 05, 523). Mit der Vereinbarung allein ist es also nicht getan; es muß auch die Ablieferung wirklich stattfinden (oben Anm. 16), Ablieferungsort ist regelmäßig der Ort, an dem die Ware dem Spediteur des Käufers ausgefolgt wird, wenn nicht der Verkäufer weiß oder annehmen muß (die Kenntnis allein genügt noch nicht; JW. 83, 199[25]), daß die Ware zur Weiterversendung bestimmt ist, und außerdem der Käufer mit Rücksicht hierauf annehmen kann, der Verkäufer werde mit Hinausschieben der Untersuchung bis zum Eintreffen der Ware an einem bestimmten andern Orte einverstanden sein. Zur Annahme eines solchen stillschweigenden Einverständnisses berechtigt der Umstand noch nicht, daß der Verkäufer die Ware nicht an den Käufer, sondern an einen entfernt wohnenden Spediteur zu versenden hat, obgleich daraus zu entnehmen ist, daß der Spediteur die Ware an Abnehmer des Käufers weiter versenden soll. Eine solch stillschweigende Willensübereinstimmung kann aber schon in der Verpackungsart liegen (seemäßige Verpackung oder sonstige besondere Eigentümlichkeiten der Verpackung, die nicht ohne Beschädigung der Ware selbst gelöst werden kann, OLG. Colmar ElsLothZ. 27, 409; Näheres unten Anm. 32) oder in technischen Schwierigkeiten, die eine Untersuchung während des Umladens oder während des Transports untunlich erscheinen lassen. Es bedarf also

Digitized by Google

immer besonderer Umstände, wenn die Empfangnahme durch den Spediteur die Untersuchungs- § 377.
pflicht an dem Ort der Empfangnahme nicht nach sich ziehen soll (JW. 06, 91[14]). Hat der in Leipzig wohnende Käufer überseeische Ware cif Hamburg gekauft, und sie nach Leipzig transportieren lassen, so ist Hamburg der Ort der Ablieferung (vgl. JW. 93, 503[8]; RG. in LZ. 07, 289[7]). Hat der Spediteur vereinbarungsgemäß Proben zwecks Untersuchung bei der Empfangnahme zu ziehen, so liegt darin die ausdrückliche Abrede, daß die Empfangnahme durch den Spediteur die Ablieferung ist. Liegt keine solche Vereinbarung zwischen den Parteien vor, und hat nur der Käufer seinen Spediteur mit der Sendung von Ausfallproben beauftragt, die der Käufer selbst untersuchen will, so darf dadurch keine Verzögerung entstehen, sonst ist die Rüge verspätet (Bolze 2 Nr. 1012; 19 Nr. 555). Am Ablieferungsort darf die Untersuchung jedenfalls geschehen (ROHG. 18, 205). Natürlich muß es der Ort sein, der nach dem Vertrag als der Ort bezeichnet ist, an dem der Käufer endgültig über die Ware verfügen will. Wenn z. B. der Käufer am Absendungsort oder an einer Zwischenstation, etwa an der Station, an der die Bahnverbindung aufhört und der Flußtransport beginnt, seinen Spediteur stellt und durch diesen die Ware an seinen Wohnort oder an den sonst im Vertrag ausgemachten Bestimmungsort kommen läßt, so ist der Ort der Ablieferung an den Spediteur dieser Ort (vgl. JW. 06, 91[14]). Ähnliche Verhältnisse liegen beim Transitverkehr vor. Es ist häufig beim Kaufabschluß ungewiß, wo der Käufer die Ware abnehmen wird. Gibt der Käufer eine Zwischenperson (Destinatär) auf, an die die Ware adressiert werden soll, so ist deren Wohnort der Ablieferungsort. Hat der Käufer für einen bestimmten Platz nicht den Destinatär, sondern an einem bestimmten Zwischenort der Reise dem Spediteur oder Frachtführer des Verkäufers den Ablieferungsort aufzugeben, so ist letzterer Ort, nicht der Zwischenort, der Ort der Untersuchung (RG. 7, 60); es wäre denn, daß der Käufer sich die Ware am Zwischenort ausfolgen läßt. Oft erfordert der ordnungsmäßige Geschäftsgang die Untersuchung an einem andern Ort als dem Ablieferungsort, z. B. bei chemischen Untersuchungen oder wenn der Verkäufer die Ware zum Zweck der Verarbeitung unmittelbar an einen von der Handelsniederlassung des Käufers verschiedenen Ort zu senden hat, und überhaupt in allen Fällen, in denen die Parteien verständigerweise gar nichts anderes beabsichtigt haben können, als daß ein dritter Abnehmer die Prüfung bewirke (unten Anm. 32). Bei wahlweisen Ablieferungsorten entscheidet die getroffene Wahl (ROHG. 15, 130). In allen diesen Fällen ist das Interesse des Verkäufers an baldiger Gewißheit der oberste Gesichtspunkt. Daher kann das fehlende Interesse des Verkäufers die Auslegung, daß die Parteien die Untersuchung an einem andern Ort gewollt haben, wesentlich unterstützen (RG. in HansGZ. 03, Hptbl. 35). Hat z. B. der Verkäufer „fob" zu liefern (§ 346 Anm. 17), so ist mit Aushändigung der Konnossamente die Ablieferung geschehen. In der Fobklausel liegt aber zugleich die überseeische Bestimmung der Ware. Kann nun die Ware weder am Quai noch an Bord untersucht werden, wäre nach Art der Ware eine Ziehung von Stichproben auch zweckwidrig, oder soll das Schiff rasch abfahren, so ist die Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang eben untunlich, und es ergibt sich außerdem das Einverständnis des Verkäufers mit Verlegung der Untersuchung an den überseeischen Bestimmungsort. Ob der Käufer am Ablieferungsort eine Handelsniederlassung hat, ist gleichgültig.

B. Die Erstattung der Mängelanzeige. Anm. 21.

1. **Der Inhalt der Mängelanzeige** muß so beschaffen sein, daß die Anzeige ihren Zweck erfüllt. Dieser besteht darin, daß der Verkäufer die Nachricht erhält, daß der Käufer die Ware als gesetz- oder vertragswidrig befunden hat.

a) Lediglich eine Anzeige der Mängel ist notwendig. Es entspricht nicht dem Gesetze, wenn die Kaufmannswelt stets von einer Zurverfügungstellung, niemals von einer Mängelanzeige spricht. Es scheint, als herrsche im Handelsstande die Meinung, der Käufer habe die Verpflichtung, die Ware zur Verfügung zu stellen, damit der Verkäufer anders darüber verfügen könne. Es schließt diese Meinung eine irrige Auffassung des Gesetzes in sich. Durch die gehörige und rechtzeitige Mängelanzeige wahrt vielmehr der Käufer seine Rechte aus der

Digitized by Google

§ 377. mangelhaften Beschaffenheit der Ware, die keineswegs nur in dem Rechte auf Zurückweisung der Ware bestehen (vgl. unten Anm. 49 ff.; so auch die Rechtsprechung: ROHG. 5, 252; 9, 206; 20, 351; RG. 1, 246; 25, 27; 27, 395; JW. 92, 466[20]). Gewißheit über die Rechtslage kann sich der Verkäufer auf andere Weise schaffen: er kann sich zur Wandelung erbieten und den Käufer zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange; nach Ablauf der Frist kann der Käufer Wandelung nicht mehr verlangen (§ 466 BGB.; unten Anm. 108). Er kann sich beim Gattungskauf zur Lieferung anderer Ware erbieten und den Käufer zu der Erklärung auffordern, ob er Lieferung anderer Ware verlange; nach Ablauf der Frist kann der Käufer dieses Recht nicht mehr geltend machen (§ 480 BGB.; unten Anm. 108). Der Verkäufer kann ferner auf Zahlung klagen; dann ist der Käufer prozessualisch gezwungen, sich über das Recht, welches er wählen will (Wandelung, Minderung, Lieferung anderer Ware, Schadensersatz) zu erklären. Ist der Zahlungsanspruch befristet, so wird die Klage auf Abnahme oder auf Feststellung helfen.

Anm. 22. Der Käufer braucht nur anzuzeigen, daß Mängel vorhanden sind. Er braucht nicht anzuzeigen, daß er die Ware nicht genehmige (so auch Staub in s. hinterlass. Pap.), noch weniger, daß und welche Rechte er aus dem Vorhandensein der Mängel abzuleiten gedenke. Denn aus Erstattung dieser Anzeige ergibt sich von selbst die Nichtgenehmigung der Ware, wenn nicht der Inhalt oder besondere Umstände das Gegenteil erkennen lassen (RG. 54, 67). Auch muß die Anzeige so erstattet werden, daß sie als Mitteilung des Käufers selbst erscheint. Gibt der Käufer eine ihm von seinem Abnehmer erstattete Anzeige an den Verkäufer weiter, so muß nun diese Mitteilung erkennen lassen, daß er sich diese Anzeige zu eigen mache, d. h. selbst rüge (JW. 02, 173[39]). Dies wird regelmäßig auch anzunehmen sein, und zwar jedenfalls dann, wenn der Käufer die telegraphische Rüge seines überseeischen Abnehmers weitergibt; sonst hätte die Weitergabe einer so dringlichen Rüge keinen Sinn. Von einer Mängelrüge ist der unwirksame Tadel zu unterscheiden, der häufig bei Sukzessivlieferungen nur zu dem Zwecke erfolgt, daß der Verkäufer künftig besser liefere, oder um Stundung zu erzielen (JW. 98, 646[18]; Näheres folg. Anm.).

Anm. 23. b) Die Mängelanzeige muß dem Verkäufer die Mängel kundgeben. Sie muß also die Mängel angeben, damit der Verkäufer Art und Umfang der Mängel erkenne (Bolze 1 Nr. 1086). Bloße Zurückweisung der Ware ohne jede Grundangabe genügt nicht, auch nicht eine allgemeine Erklärung der Unzufriedenheit (JW. 97, 193[26]; z. B. die Ware sei nicht preiswürdig, man sei mit der Ware nicht zufrieden, ROHG. 10, 269; die Ware sei schlecht; nicht vertragsmäßig, unter aller Kritik, der reine Schund, absolut nicht zu gebrauchen); vielmehr müssen die Mängel, wenn auch nicht in alle Einzelheiten gehend, doch so bezeichnet sein, daß der Verkäufer ermessen kann, um welche Mängel es sich handelt (ROHG. 5, 261; 14, 68). Also der Grund, aus welchem die Ware beanstandet wird, muß angegeben sein, nicht die Ursache der Mängel (JW. 91, 474[25]; ROHG. 18, 55). Es darf dem Käufer durch allgemeine Fassung der Rüge das Nachschieben von Mängeln nicht erleichtert werden (JW. 91, 474[26]; 05, 646[16]; a. M. Düringer-Hachenburg § 377 IV 2a). Andernfalls würde die Rechtssicherheit gefährdet. Die Ausdrucksweise der Anzeige darf auch keine hinterhaltige sein. Die Anzeige, daß die Ware nicht gesetzlich oder nicht vertragsmäßig beschaffen oder fehlerhaft sei, genügt im allgemeinen nicht (ROHG. 14, 66); doch können die Umstände, insbesondere auf Grund der vorangegangenen Korrespondenz oder Verhandlungen mit dem Reisenden, so liegen, daß auch das genügt (ROHG. 7, 114; 14, 156; OLG. Karlsruhe BadRpr. 05, 73); z. B. die Anzeige, das fakturierte Stück gefällt mir nicht, wenn der Verkäufer bei der Übersendung, etwa in der Faktura, selbst auf den Mangel hingewiesen hatte (ROHG. 7, 114). Umschreibungen in Kraftworten können genügen; z. B. auf Pfefferkuchen, der zu hart ist: das reine Leder; oder auf unhaltbare Leinwand: ich habe Leinwand bestellt, nicht Löschpapier, oder auf zu sauren Wein: ihre Sendung stelle ich Ihnen zur Verfügung: Essig trinken meine Gäste nicht, oder: ich habe gute Kohlen gekauft und keinen Müll (OLG. Kiel SchlHolstA. 05, 293) oder: die Fahrräder sind total zusammengemischte Ware (OLG. Braunschweig, BraunschwA. 05, 91). Andererseits

Digitized by Google

verschlägt es nichts, daß sich der Kaufmann einer höflichen Schreibweise bedient (ROHG. 1, 88). § 377.
Handelt es sich um die Bemängelung der Probewidrigkeit, so muß der Verkäufer erfahren, nicht nur, daß die Ware probewidrig ist, sondern auch, warum sie es ist. Unter Umständen wird zwar die bloße Angabe der Probewidrigkeit genügen; aber eben nur unter Umständen, nämlich wenn aus der vorangegangenen Korrespondenz ersichtlich war, in welcher Beziehung die Probewidrigkeit gerügt werde (ROHG. 14, 156; RG. 47, 13; JW. 97, 193[26] u. 390[13]). Aus einer sofortigen telegraphischen Anzeige „Wein nicht nach Probe" kann unter Umständen in Verbindung mit der Natur der Ware entnommen werden, daß die Probewidrigkeit sich nur auf den Geschmack bezieht. Andererseits genügt eine Beschreibung der Art, daß der Verkäufer aus ihr erkennt, die Ware sei nicht als probemäßig erachtet, wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt ist (Bolze 7 Nr. 574). (Vgl. Bolze 6 Nr. 568: Bei einem Farbensortiment war angezeigt, daß die meisten Farben dem Muster nicht entsprechen; JW. 05, 646[16]: es war angezeigt, die Ware falle gegen die Probe ab; der branchekundige Verkäufer mußte erkennen, daß Abweichung in Farbe und Reinheit gerügt werden wollte; ROHG. 11, 51; bei Hopfen, der fehlerlos und ohne Beimischung sein sollte, war gerügt, er sei von unbrauchbarer Qualität und Farbe). Daß die Rüge gerade das richtige Muster bezeichnet (Verkaufs- statt Ausfallmuster) schadet nichts, wenn man weiß, was gemeint war. Sind mehrere Mängel vorhanden, so muß jeder einzelne gerügt werden. Durch die unterlassene Rüge hinsichtlich eines Mangels vergibt sich der Käufer nichts hinsichtlich eines anderen Mangels (RG. 38, 10; 18, 55). Es kann aber in der Rüge eines Mangels zugleich die Rüge eines andern Mangels mitenthalten sein (RG. 47, 12). Überhaupt sind die tatsächlichen Verhältnisse und Handelsgebräuche überall zur Auslegung mit heranzuziehen; so ist z. B. infolge der besonderen Umstände eine allgemein gehaltene Anzeige für genügend erachtet worden, als erst die Verarbeitung von Kohlen zu Koks deren Verwendbarkeit erkennen ließ (RG. 25, 29). Bei Kollektivsendungen aus verschiedenen Käufen muß die Rüge erkennen lassen, auf welche einzelne Sendung sich die Rüge bezieht (ROHG. 10, 269): es wäre denn, daß die Rüge auf alle Sendungen zu beziehen ist, z. B. bei fast gleichzeitigen Teilsendungen der nämlichen Ware (RG. 43, 64), oder wenn Teilsendungen gar nicht beabsichtigt waren und Waggons zufällig kurz nacheinander eintreffen. Dann kann beim Eintreffen des letzten Waggons gerügt werden (Hamburg OLGR. 10, 341). Daher genügt nicht eine Anzeige, unter den bisherigen Lieferungen befinde sich eine große Zahl beschädigter Stücke, man behalte sich Einzelangabe bis zum Empfang der noch ausstehenden Stücke vor. Die Pflicht zur Einzelrüge bezieht sich insbesondere auch auf die Lieferungen aus einem Sukzessivlieferungsgeschäft (unten Anm. 178).

c) Aber die Mängelanzeige muß nicht nur ergeben, welche Fehler gerügt werden, sondern sie Anm. 24.
muß auch den Willen erkennen lassen, daß sich der Käufer diese Lieferung als vollständige Erfüllung nicht gefallen lassen wolle, und zwar in dem Sinne, daß er nicht anerkennt, der Verkäufer habe getan, was ihm nach Vertrag und Gesetz obliegt. Diesem Erfordernisse entspricht die Mängelanzeige z. B. nicht, wenn der Käufer schreibt, daß er mit dem Absatze des Bieres nicht vorwärts kommt, das Bier vertrage das Hin- und Herfahren nicht und werde trübe, der Verkäufer möge doch einmal mit seinem Braumeister sprechen, wie sich diesem Übelstande abhelfen lasse (JW. 98, 646[18]; vgl. Anm. 22). Diese Umstände können aber für die Begründung einer positiven Vertragsverletzung von Belang werden (Exk. zu § 374 Anm. 172 ff.). Hier ist zugleich zu betonen, daß eine Mängelanzeige auch ohne Untersuchung erfolgen kann (oben Anm. 12), und unnötig ist, wenn die Annahme der Ware abgelehnt wird (unten Anm. 29), oder wenn die Ware so sehr abweicht, daß der Verkäufer die Annahme nicht unterstellen konnte (§ 478).

2. **Die Form der Mängelanzeige.** Eine solche ist nicht vorgeschrieben; sie ist also formlos Anm. 25.
(P. 647, 1383; StrA. 61, 346). Die Mängelanzeige kann daher mündlich oder schriftlich, auch in der Klage- oder Streitverkündung erfolgen (RG. 59, 152). Es reicht jede Form aus, die geeignet ist, die Anzeige an den Verkäufer gelangen zu lassen (RG. in SeuffA. 55, 303).

Digitized by Google

§ 377. Anm. 26. 3. **Die Gefahr der Ankunft und der rechtzeitigen Ankunft der Mängelanzeige** trägt der Verkäufer (Dresden, OLGR. 6, 224). Denn nach Abs. 4 unseres Paragraphen genügt zur Erhaltung der Rechte des Käufers die rechtzeitige Absendung der Anzeige. Die Absendung muß nur in geschäftsüblicher Weise erfolgen. Es genügt dazu zwar der einfache Postbrief (ROHG. 19, 153; Förtsch Anm. 8a zu Art. 347). Doch muß er frankiert sein. Auch genügt nicht die Beilegung des Briefes in das Paket, welches die zurückgesandte Ware enthält; in solchem Paket braucht der Verkäufer den Rügebrief nicht zu vermuten; der Käufer ist auch gar nicht berechtigt, die mangelhafte Ware sofort zurückzuschicken. Die Absendung durch einen zuverlässigen Boten genügt nicht (a. M. 6./7. Aufl.; Makower § 377 VI d; OLG. Hamburg HansGZ. 05 Hptbl. 54). Denn der Bote ist, wenn er den Auftrag angenommen hat, der Beauftragte des Käufers. Der Käufer trägt die Gefahr der richtigen und rechtzeitigen Übermittlung der Anzeige an den Verkäufer (ROHG. 14, 156; Bolze 3 Nr. 712; OLG. Hamburg HansGZ. 05 Hptbl. 54; Schönfeld im Recht 03, 288). Ist eine Person als Platzvertreter des Verkäufers bekannt, so muß der Verkäufer nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine an eine solche Person erstattete Mängelanzeige als wirksam gelten lassen. Falsche Adressierung z. B. nach Gröningen bei Halberstadt statt nach Gröningen in Holland ist ordnungswidrige Absendung (RG. in ZHR. 26, 571).

Anm. 27. 4. **Wer muß die Mängelanzeige erstatten?** Der Käufer oder sein Vertreter. Gesamtvertreter müssen gemeinsam handeln (§ 232 Anm. 4; RG. 61, 223). Eine von einem Nichtbevollmächtigten erstattete Mängelanzeige ist wirkungslos, z. B. wenn sie der Werkführer erstattet, der seinen Prinzipal im Handelsverkehr nicht zu vertreten hat. Auch nachträgliche Genehmigung ist regelmäßig unzulässig (§ 180 BGB.). Sollte aber einer der Ausnahmefälle des § 180 BGB. vorliegen, so muß diese Genehmigung doch noch so rechtzeitig erfolgen, daß hiernach auch noch die Rüge rechtzeitig wäre (Dresden SächsA. 13, 578). Doch ist hiervon der Fall zu unterscheiden, wenn dem Verkäufer die Anzeige seitens eines ihm als Platzvertreter des Käufers bekannten Person zugeht, und er daher annehmen muß, die Anzeige sei an ihn im Auftrag und namens des Käufers gemacht (vgl. ROHG. 15, 216).

Anm. 28. 5. **An wen ist die Mängelanzeige zu erstatten?** Selbstverständlich an den Verkäufer oder an dessen Bevollmächtigten. Wer dazu als bevollmächtigt gilt, ist nach selbständigen Grundsätzen zu beurteilen (vgl. oben Anm. 26). Die Anzeige an einen Gesamtvertreter genügt (RG. 53, 230). Der Agent? Siehe § 86 Abs. 2. Der Reisende? Siehe § 55 Abs. 3. Ist der Agent oder Reisende nicht dazu bevollmächtigt, und wird dennoch die Mängelanzeige zu seinen Händen gemacht, so ist er der Bote des Käufers, und es greifen die Grundsätze zu 2 und 3 Platz. Jedenfalls aber genügt es, wenn der Agent die Anzeige dem Verkäufer rechtzeitig zukommen läßt (vgl. Bolze 3 Nr. 712). Ein Frachtführer, der die Ablieferung der Ware für den Verkäufer besorgt, ist nicht bevollmächtigt, die Rüge entgegenzunehmen, ebensowenig der Monteur, der die Maschine aufstellt (ROHG. 11, 62) und überhaupt nicht Personen, die nur technische Verrichtungen für den Verkäufer vorzunehmen haben.

Anm. 29. 6. **Die Zeit der Mängelanzeige.** Unverzüglich nach der Untersuchung, d. h., da die Untersuchung nicht gesetzliche Pflicht ist (vgl. oben Anm. 11 u. 12), sofort nach der auf die Ablieferung folgenden Zeit, welche für eine ordnungsmäßige Untersuchung erforderlich ist (ROHG. 12, 92; 13, 10; Bolze 7 Nr. 561). Das führt zu der Annahme, daß der Käufer auch dann, wenn er den Mangel früher entdeckt hat, bis zum Ablauf der gesetzlichen Untersuchungsfrist mit der Mängelanzeige warten kann (ROHG. 13, 9). Von dem vorläufigen Befund braucht der Käufer keine Nachricht zu geben (ROHG. 8, 335; 13, 9). Auch kann der Käufer mit der Anzeige warten, bis er den Mangel mit Sicherheit festgestellt hat. Nach überseeischem Versand bedarf Ware mitunter der Erholung; dies bedingt ohnehin ein gewisses Zuwarten (ROHG. 15, 214). Bloße Vermutungen begründen die Anzeigepflicht nicht (oben Anm. 13). Das Wort „unverzüglich" bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.). Entdeckt der Käufer bei der Untersuchung den einen Mangel früher, den andern später, so

Digitized by Google

bedarf es nur einer einzigen Anzeige, und diese hat nach beendigter vollständiger Untersuchung stattzufinden (JW. 86, 446[13]; vgl. jedoch unten Anm. 30). Hieraus folgt, daß, wenn die erste Mängelanzeige eine fehlerhafte war, eine gehörige Mängelanzeige nachgeholt werden kann, wenn diese zweite Anzeige unverzüglich noch innerhalb der zur ordnungsmäßigen Untersuchung und Mängelanzeige erforderlichen Zeit gemacht ist (vgl. RG. 47, 20). Eine telegraphische Anzeige ist daher immer noch rechtzeitig, wenn eine rechtzeitige briefliche Anzeige nicht früher beim Verkäufer eingetroffen wäre. Der Käufer macht so einen Zeitgewinn. Ein anderes Beispiel: der Geschäftsgang des Käufers ist ein ausnahmsweise beschleunigter; er macht also die Anzeige bezüglich der am Samstag angekommenen Ware am Sonntag, die Anzeige war aber inhaltlich ungenügend. Da es nicht auf den Geschäftsgang des Käufers, sondern auf den nach objektiven Regeln zu beurteilenden Geschäftsgang ankommt, ist die am Montag nachgeholte gehörige Anzeige nicht verspätet (JW. 06, 762[34]). Oder der Käufer rügt einen Mangel telegraphisch und in am gleichen Tag abgesendetem Brief andere Mängel, der Käufer braucht nicht eine einzige Mitteilung zu machen. Hinzuzufügen ist, daß es den Käufer nichts angeht, ob der Verkäufer anwesend oder verreist ist. Eine solche Wissenschaft verpflichtet ihn weder, noch berechtigt sie ihn zu einer späteren Mängelanzeige. *Vor der Ablieferung* ist die Mängelanzeige jedenfalls rechtzeitig (ROHG. 15, 271). *Läßt es aber der Käufer zur Ablieferung nicht kommen*, weigert der Käufer vielmehr die Annahme und lagert die Ware infolgedessen beim Spediteur, etwa wegen Bestreitens des Vertragschlusses oder wegen verspäteter Lieferung, so ist § 377 nicht anwendbar. Der Käufer mag dann für die Folgen seiner Zögerung in Anspruch genommen werden, aber seine Rügepflicht und die Kraft des Genehmigungspräjudizes beginnen erst mit der wirklichen, freiwilligen oder erzwungenen Ablieferung (ROHG. 6, 325; 15, 54; 24, 29; RG. 5, 32; 63, 220; Bolze 19 Nr. 535; JW. 04, 341[10]; 05, 158[49]). *Macht in solchem Falle der Verkäufer vom Selbsthilfeverkauf Gebrauch*, so ist § 377 überhaupt nicht anwendbar. Die Ware gilt nicht als genehmigt, selbst dann nicht, wenn etwa der Käufer sie in der Steigerung erstanden hätte; vielmehr hat der Verkäufer im Bestreitungsfall die gehörige Beschaffenheit der Ware zu beweisen (RG. 5, 28). *Hat der Käufer die Ware weiter versenden lassen*, ehe er sie selbst untersuchte, so muß er die Mängelanzeige doch ebenso schnell machen, wie wenn er sie an seiner Handelsniederlassung untersucht hätte, während eine Genehmigung der Ware in solchem sofortigen Weiterverkauf nicht liegt (ROHG. 2, 336; 5, 250; RG. 4, 133; vgl. ROHG. 8, 221; oben Anm. 16). Er wird sich also des Telegraphs bedienen müssen. Keiner solchen Beschleunigung bedarf es, wenn der Verkäufer beim Kaufabschlusse wußte, daß die Ware bereits weiter veräußert worden ist und weiter versendet werden soll (Näheres hierüber Anm. 32); es wäre denn, daß der Verkäufer ein offensichtliches erhebliches Interesse an solcher Beschleunigung hat, wie dies bei plötzlichen und starken Preisschwankungen bei größeren Warenmengen der Fall ist (JW. 00, 157[22]; 02, 425[22]). § 377.

7. **Offene und verborgene Mängel** erfordern eine verschiedene Behandlung: Anm. 30.

a) *Offene Mängel*, d. h. sofort erkennbare Mängel müssen immer unverzüglich nach der Ablieferung angezeigt werden. Dieser Grundsatz ist nicht so weit auszudehnen, daß schon aus der Faktura erkennbare Mängel vor Ablieferung der Ware angezeigt werden müßten (JW. 04, 341[10]; unter einem anderen Gesichtspunkt kann das Schweigen allerdings erheblich werden; unten Anm. 114). Andererseits darf man auch nicht den Satz aufstellen, es könne mit der Anzeige immer bis zur gründlichen Untersuchung nach allen Richtungen zugewartet werden, obgleich allerdings regelmäßig der Käufer nur eine einmalige Anzeige zu machen braucht (oben Anm. 29). Zeigt die Ware z. B. Fehlfarben, schlechten Geruch, ohne weiteres erkennbare Mängel der Form, des Gewichts usw., so sind diese Mängel unverzüglich anzuzeigen, obgleich eine gründliche Untersuchung z. B. auf die chemische Zusammensetzung, den Härtegrad, die Verarbeitungsfähigkeit, die Arbeitsleistung und Konstruktion einer Maschine, die Keimfähigkeit von Saatgut noch nicht vorgenommen ist und noch nicht vorgenommen werden konnte, weil dazu längere Zeit, z. B. bei Saatgut unter Umständen das Aussäen und Keimen

Digitized by Google

§ 377. nötig sein kann. Diese länger dauernden Versuche, die auch oft an einem anderen Orte als dem Ablieferungsort vorzunehmen sind, darf der Käufer nicht abwarten, wenn nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang (oben Anm. 18f.), die Untersuchung auf offene Mängel beginnen konnte. Dasselbe, was hier von offenen Mängeln gesagt ist, gilt auch für leicht wahrnehmbare Mängel, wenn eine daraufhin vorzunehmende Untersuchung sofort ausführbar ist; denn die umständliche zeitraubende Untersuchung ist dann nur für andere Mängel, als die offenen und leicht warnehmbaren, erforderlich (RG. 62, 258). Nur dann würde ein Zuwarten zulässig sein, wenn dem Käufer nach den Umständen des einzelnen Falles oder nach Handelsübung nicht zugemutet werden kann, sich vor Vollendung allseitiger Untersuchung der Ware ein Urteil über die Empfangbarkeit zu bilden (ROHG. 13, 11; RG. 62, 258).

Anm. 31. b) Bei verborgenen Mängeln gilt das Besondere, daß sie zwar nicht sofort nach der Ablieferung, wohl aber unverzüglich nach der Entdeckung angezeigt werden müssen (sofort nach zweifelloser Kundgebung des Mangels, nicht, sobald der Käufer den Mangel zu vermuten beginnt, Bolze 1 Nr. 1085; oben Anm. 13). Dabei gilt als verborgener Mangel nicht nur der, welcher nach der Ablieferung nicht entdeckt worden ist, sondern der, welcher bei sachgemäßer Prüfung nach der Ablieferung nicht erkennbar war (vgl. Abs. 2 unseres Paragraphen). Als verborgener Mangel ist es auch zu erachten, wenn die Ware verpackt und die Verpackung ohne Beeinträchtigung des Wertes nicht entfernt werden kann, wie z. B. bei Konserven oder Champagner (oben Anm. 13), oder wenn bei der zulässigen Vornahme von Stichproben der Fehler nicht zu entdecken war (oben Anm. 15). Der Beweis, daß nicht sofort untersucht werden konnte, ist vom Käufer zu führen, und kommt die Rüge dann noch recht, wenn sie alsbald nach der Entdeckung, z. B. erst im Lauf der Verarbeitung erfolgt.

Anm. 32. 8. **Vertragliche Änderungen der Untersuchungs- und -Anzeigepflicht.** Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen sind nicht zwingend. Es steht nichts entgegen, daß die hier vorgesehenen Fristen für die Untersuchung und die Anzeige durch Vereinbarung abgeändert, verlängert oder verkürzt werden (ROHG. 1, 85; 2, 379; Bolze 8 Nr. 501; 16 Nr. 416). Eine vertragliche Abänderung zum Nachteil des Käufers gilt nicht, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Das hat das Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber es ist aus den übrigen Gesetzesbestimmungen zu entnehmen (vgl. §§ 460, 463, 476, 477, 478, 479, 480 BGB. u. unten Anm. 155ff.). Auch stillschweigende Vereinbarung genügt. Durch den bloßen Vermerk in der Faktura wird aber die Frist zugunsten des Verkäufers nicht verkürzt (ROHG. 1, 88; vgl. Exk. zu § 372 Anm. 60ff.). Solche Vermerke binden den Käufer regelmäßig nicht (OLG. Kolmar ElsLothrZ. 28, 490). Man kann aber auch nicht sagen, daß der Verkäufer durch die Fakturenklausel: „Reklamationen" „werden nur innerhalb 8 Tagen angenommen" sich verpflichtet habe, dem Käufer mindestens 8 Tage Frist zu geben (Hamburg OLGR. 1, 247; a. M. OLG. Dresden SeuffA. 56, 59 u. OLG. Königsberg PostMschr. 06, 12); noch weniger kann sich der Verkäufer damit das Recht verschaffen, alle nach 8 Tagen eingehenden Reklamationen zurückzuweisen (a. M. Hamburg, OLGR. 2, 247). Es kommt darauf an, ob ein stillschweigendes Einverständnis des Käufers mit einer derartigen einseitigen Vorschrift im Sinne einer rechtlichen Bindung anzunehmen ist. Das ist regelmäßig nicht der Fall. Der Käufer darf regelmäßig schweigen (§ 346 Anm. 14; Exk. zu § 372 Anm. 60ff.): daher sind solche Vermerke regelmäßig ohne Bedeutung (a. M. 6./7. Aufl., wo Bindung des Verkäufers angenommen war). Ein Beispiel stillschweigender Fristverlängerung bietet der Fall, bei dem dem Verkäufer beim Vertragsschlusse bekannt gegeben ist, daß die Ware veräußert oder weiterversendet werden soll, und nach Lage der Sache die Absicht der Parteien verständigerweise nur dahin gehen konnte, daß der dritte Abnehmer die Sache prüfe (RG. 57, 11; vgl. oben Anm. 20). Die Anzeigefrist ist dann entsprechend verlängert, so daß der dritte Abnehmer die Mängelanzeige in ordnungsmäßiger Frist, von der Ablieferung an ihn gerechnet, erstatten muß, und daß der Käufer seinem Verkäufer dafür einzustehen hat (ROHG. 17, 217). Doch liegt nicht in jeder Anzeige an den Verkäufer, daß die Ware zur Versendung bestimmt ist, eine solche stillschweigende Vereinbarung; vielmehr kann diese Verlängerung nur unter

Digitized by Google

gewissen Voraussetzungen und bei besonders gestalteten Umständen angenommen werden, § 377.
nämlich in den Fällen, in denen der Verkäufer bei dem Verkaufe wußte oder vorauszusetzen veranlaßt war, daß die Ware nicht allein zur sofortigen Weiterveräußerung bestimmt sei, sondern auch, daß diese Bestimmung zugleich die maßgebende Untersuchung der Ware durch den Käufer selbst verhindere, z. B. wegen der Unzulässigkeit, vor der Weiterbegebung die Fastage zu brechen oder die Originalverpackung zu verletzen, wegen der Unmöglichkeit, Stichproben zu entnehmen (RG. 57, 11) oder am Ablieferungsorte vor der zu beschleunigenden Weiterbeförderung die Ware einer gründlichen Untersuchung zu unterziehen (ROHG. 2, 234; 3, 393; 10, 147; 24, 260; Bolze 4 Nr. 734). Vornehmlich gilt dies von der Lieferung seemäßig verpackter Ware auf den Seedampfer (OLG. Hamburg, HansGZ. 05 Hptbl. 105). Alsdann gilt ein Hinausschieben der Untersuchung bis zum Eintreffen an dem überseeischen Bestimmungsort als beiderseits gewollt (RG. 59, 124; ROHG. 3, 82). So liegt auch die Sache, wenn der Verkäufer die Ware direkt an Bord zu liefern hat und daraus entnehmen muß, daß die Ware sofort an die Abnehmer des Käufers über See weitergehen soll, oder wenn gar der Verkäufer dem Käufer nur die Schiffsdokumente übermacht (OLG. Hamburg HansGZ. 05 Hptbl. 105), oder die Garantie für die Haltbarkeit der Ware während der Seereise übernommen hat (ROHG. 15, 215). Daher entscheidet über die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge das Recht des Erfüllungsortes, nicht das Recht des Ablieferungs- oder Bestimmungsortes; denn die rechtzeitige Untersuchung und Anzeige ist nur die Voraussetzung der nach dem Recht des Erfüllungsortes zu beurteilenden Berechtigung zur Beanstandung der Ware (ROHG. 9, 8; 15, 134 u. 212; vgl. Exk. zu § 372 Anm. 13). Auch sonst kann die Anzeigepflicht abgeändert werden; ist z. B. Arbitrage vereinbart (Exk. zu § 372 Anm. 46b u. Exk. vor § 373 Anm. 24), so ist damit zugleich ausgemacht, daß zunächst eine ganz allgemein gehaltene Anzeige der Probe- oder Vertragswidrigkeit und erst während des Verfahrens bis zum Spruch die ausführliche Anzeige gemacht wird (ROHG. 18, 204). Ist Kasse gegen Dokumente oder einfach gegen Kasse gekauft, so braucht der Käufer doch nicht zu zahlen, ehe ihm Gelegenheit gegeben war, die Ware zu untersuchen — vorausgesetzt, daß die Ware am Ablieferungsort angekommen ist (RG. 31, 106; vgl. Exk. zu § 372 Anm. 46b); vor der Möglichkeit der Untersuchung der Ware am Ablieferungsorte braucht der Käufer nicht zu rügen. Hat der Käufer aber einmal die Ware untersucht (sei es auch nur in der Form, daß sein Spediteur Proben gezogen hat), und diese Proben als der Ware entsprechend befunden, so kann er nicht die vorläufige Zahlung von einer nochmaligen Probeentnahme abhängig machen mit der Begründung, es seien ihm nachträglich Bedenken hinsichtlich der Vertragsmäßigkeit der Ware gekommen. Schon die erste Untersuchung muß eine vollständige sein. Er muß zahlen und seine Rechte nachher geltend machen. Beim Verkauf eines Handelsgeschäfts gilt als vereinbart, daß Mängel hinsichtlich des zugesagten früheren Ertrags oder der Kundschaft erst in dem Augenblick zu rügen sind, in dem die Abweichung bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang entdeckt werden kann (oben Anm. 5 u. unten Anm. 42).

Sind Ausfallproben (Ausfallmuster, Referenzmuster) aus der fertigen Ware gegeben, Anm. 33.
damit der Käufer schon vor der Ablieferung Kenntnis von der Beschaffenheit der Ware und Gelegenheit zur Untersuchung bekomme, so muß die Prüfung auf Grund dieser Ausfallprobe vorgenommen werden; die hierbei erkennbaren Mängel gelten als genehmigt, wenn nicht gerügt wird (ROHG. 7, 257; Bolze 7 Nr. 585; 9 Nr. 406; OLG. Hamburg ZHR. 40, 510). Wird eine Probe der erst noch anzufertigenden Ware gegeben, damit der Verkäufer instand gesetzt werde, Fehler bei der Anfertigung zu vermeiden, so ist bei Unterlassung einer Mängelrüge die daraufhin angefertigte Ware genehmigt, soweit sie mit dem Ausfallmuster übereinstimmt (RG. 63, 221). Dasselbe gilt, wenn die Ware nach diesem Ausfallmuster erst vom Verkäufer angeschafft werden soll, und dies dem Käufer bekannt war (OLGR. 9, 273), oder wenn der Verkäufer die Ware unmittelbar an den überseeischen Bestimmungsort oder an einen weitentlegenen Wohnort der Abnehmer des Käufers versenden soll, und deshalb dem Käufer zuvor ein Ausfallmuster zugehen läßt (JW. 89, 173[21]; OLG. Hamburg ZHR. 40, 510; OLG.

Digitized by Google

§ 377. Dresden ZHR. 43, 368). Aus diesen Beispielen ergibt sich, daß jedesmal die besondere Absicht beider Teile, es solle das Ausfallmuster Repräsentant der Ware sein, der Feststellung durch besondere ausdrückliche oder aus den Umständen sich ergebende stillschweigende Abrede oder Handelsbrauch bedarf. Denn der Verkäufer kann nicht ein von ihm übersendetes Muster durch seine Erklärung, er betrachte das Muster als Ausfallmuster, und dadurch, daß der Käufer daraufhin schweigt, zum Ausfallmuster, als Repräsentant der Ware, machen (RG. 63, 222; OLG. Hamburg ZHR. 40, 510; KG. in KGBl. 89, 81). Fehlt es an einer solchen ausdrücklichen oder stillschweigenden Abrede, so ist das Ausfallmuster nicht Repräsentant der Ware; aber der Verkäufer muß sich gefallen lassen, daß der Käufer die Ware auf Grund des Ausfallmusters beurteilt und seine Rüge auf die Beschaffenheit des Ausfallmusters gründet und alle Folgerungen aus mangelhafter Lieferung zieht (RG. 47, 133). Der Verkäufer muß dann beweisen, daß die Ware vertragsmäßig, also besser ist, als das Ausfallmuster. Unter ganz besonderen Umständen kann ausnahmsweise aus vorbehaltloser Annahme der Ausfallprobe die Genehmigung der Ware selbst abgeleitet werden, nämlich dann, wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte einen solchen Schluß zulassen (Bolze 7 Nr. 585; OLG. Hamburg HansGZ. 04 Hptbl. 92). Anders bei Zusendung einer Probe; hier tritt keine Befreiung von der Pflicht ein, die Ware selbst zu untersuchen (ROHG. 7, 428). Der Käufer darf ohne Nachteil davon ausgehen, daß die Ausfallprobe der Ware entspreche, sie ohne Prüfung weiter veräußern; er rügt in diesem Falle rechtzeitig, wenn er die von seinem Abnehmer ihm rechtzeitig gemachte Mängelrüge sofort als eigene Rüge dem Verkäufer weitermeldet (OLG. Dresden ZHR. 43, 368). Es gibt auch Ausfallproben (insbesondere Schifferproben), die nur zum Zweck der Feststellung der Identität der abgelieferten und übernommenen Ware gegeben werden; sie sind überhaupt nicht im Sinne des § 377 zu prüfen. Denn § 377 hat nur die Feststellung von Mängeln, nicht die Feststellung der Identität einer bereits empfangenen Ware im Auge (vgl. JW. 93, 27[49]). Erfolgt dennoch eine Mängelanzeige, so braucht sie doch erst nach Prüfung der Ware selbst gemacht zu werden, soweit einer solchen Anzeige etwa anderweitige Bedeutung zukommen kann.

Anm. 34. Die Untersuchung und Anzeige kann auch ganz erlassen werden. Ein solcher Erlaß liegt noch nicht in der Garantie bestimmter Eigenschaften (Bolze 16 Nr. 421; RG. bei Gruch. 47, 1009; Leistungsfähigkeit einer Maschine), auch nicht in der Erklärung, die Ware zurücknehmen zu wollen (OLG. Frankfurt ZHR. 43, 368). Der Erlaß der Untersuchung enthält noch keinen Erlaß der Anzeigepflicht (OLG. Celle SeuffA. 48, 183; Hahn 308). Ist amtliche Feststellung der Qualität der Ware vereinbart, so ist dem Käufer die eigene Untersuchung erlassen (Bolze 5 Nr. 679). Über die vertragsmäßige Ausschließung der Rügepflicht bei Refaktie siehe zu § 380.

Anm. 35. Ein nachträglicher Verzicht des Verkäufers auf den Verspätungseinwand und sonstige Fehler der Anzeige ist zulässig. Ein solcher Verzicht liegt in dem trotz der fehlerhaften Anzeige gegebenen Versprechen besserer Ware (ROHG. 19, 334), in der Gewährleistung für die vertragsmäßige Beschaffenheit der beanstandeten Ware (Bolze 3 Nr. 706) und in vorbehaltloser Zurücknahme der Ware; nicht aber im bloßen Schweigen des Verkäufers, wenn er sich dem materiellen Anspruch des Käufers, wenn auch nur ganz allgemein, widersetzt (RG. bei Holdheim 15, 258 u. 281). Die Bereitschaft zur Nachbesserung kann einen Verzicht enthalten, wenn der Verkäufer nicht eine Ausbesserungspflicht besonders übernommen hatte und die Fehlerhaftigkeit der Rüge erkennen konnte. Das Einlassen auf Vergleichsverhandlungen ist ebenso bedeutungslos, wie wenn der Verkäufer ohne Verwahrung gegen die unwirksame Rüge bei einer nochmaligen Untersuchung der Ware mitwirkt. Das ist nur Entgegenkommen (Hamburg OLGR. 6, 470).

Anm. 36. Ein Verzicht des Käufers auf jede Mängelrüge kann von vornherein vereinbart sein, wie dies der Fall ist bei den Klauseln „tel quel“ oder „wie besehen“ (§ 360 Anm. 4 u. 5). Ein nachträglicher Verzicht auf die erfolgte Mängelanzeige und deren Wirkungen liegt in jeder Genehmigungshandlung (hierüber unten Anm. 116), auch in der Zurücknahme der Mängelanzeige (hierüber unten Anm. 116).

Digitized by Google

Geschäftsgebräuche nach § 157 BGB., § 346 HGB. können nach jeder Richtung eingreifen (RG. in ZHR. 26, 571). Daß die sofortige Untersuchung der Ware in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein nicht üblich ist, entbindet jedoch nicht von den Pflichten des § 377 (OLG. Hamburg ZHR. 36, 257). Es müssen die Erfordernisse eines verpflichtenden Handelsgebrauchs vorhanden sein (JW. 99, 576[17]). **§ 377.** Anm. 37.

III. Die Rechtsfolgen der unterbliebenen und der geschehenen Mängelanzeige.

A. **Die Rechtsfolge der unterbliebenen Mängelanzeige.** Diese allein ist im HGB. geregelt und besteht darin, daß die Ware als genehmigt gilt. Der Käufer muß sie also behalten und kann keinerlei Rechtsmittel auf Grund der fehlerhaften Lieferung geltend machen, auch nicht Preisminderung oder Schadensersatz (RG. 25, 27), außer wenn arglistiges Verschweigen des Mangels vorliegt (Abs. 5). Auch die Kosten der Untersuchung und der Mängelanzeige fallen ihm dann zur Last, weil es so angesehen wird, als habe der Verkäufer vertragsmäßig geliefert. Die angedrohte Genehmigung tritt als Fiktion in Kraft; ein Gegenbeweis, etwa durch schlüssige Handlungen, die auf eine Nichtgenehmigung hindeuten, ist unzulässig. Hat der Käufer einzelne bestimmte Mängel gerügt, andere nicht, so sind die nicht gerügten Mängel genehmigt; diese kann er nunmehr nicht geltend machen (RG. 18, 55; 38, 11; OLG. Dresden, OLGR. 2, 249), außer wenn es verborgene Mängel waren. Auf die Rechtsfolgen der unterbliebenen Mängelanzeige kann aber verzichtet werden (oben Anm. 35 u. 36). Über die Mängelrüge bei positiven Vertragsverletzungen und Sukzessivlieferungsverträgen siehe Exk. zu § 374 Anm. 183 und unten Anm. 183. Anm. 38.

B. **Die Rechtsfolgen der erfolgten Mängelanzeige** bestehen darin, daß der Käufer seine Rechte aus der mangelhaften Beschaffenheit der Ware geltend machen kann. Anm. 39.

1. **Welches sind die Mängel, für die nach den Regeln von der Gewährleistung überhaupt gehaftet wird?** Nach § 459 BGB. sind das zunächst Mängel, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (Mängel der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften) und ferner jeder Mangel einer zugesicherten Eigenschaft.

a) Der Begriff einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft bestimmt sich im einzelnen allerdings nach der Verschiedenheit der örtlichen und sonstigen Lebensverhältnisse und den Anschauungen des Verkehrs (JW. 06, 548[16]). Im allgemeinen jedoch hat man unter einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft einer Sache nicht nur deren natürliche Eigenschaften, sondern überhaupt solche tatsächliche und rechtliche Verhältnisse zu verstehen, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung einer Sache zu üben pflegen (RG. 52, 1; 59, 243; 61, 86; 63, 61); mögen diese Eigenschaften auch nicht physikalischer sondern nationalökonomischer und selbst ästhetischer Art sein (oben Anm. 5). Zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften gehört die Eigenschaft als Handelsgut mittlerer Art und Güte (ROHG. 6, 328; s. § 360), also auch die Marktfähigkeit. Letztere wird z. B. beschränkt durch Verhängung einer Stallsperre über gesundes Vieh wegen Seuchenverdachts. Der Wert einer Sache ist zwar nicht an sich eine Eigenschaft; er kann sich aber zu einer Eigenschaft im Sinne des § 459 unter Umständen entwickeln (das Nähere hierüber unten Anm. 42).

Die Mängel in den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften kommen nicht in Betracht, wenn sie den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindern (§ 459 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Für die Erheblichkeit einer Wertsminderung ist die Höhe der zur Beseitigung des Mangels nötigen Kosten nicht maßgebend, wenn auch nach äußerlicher Behebung des Mangels der Verkehrswert durch fortbestehenden Fehlerverdacht gemindert bleibt (JW. 02 Beil. 156). Hat eine objektiv erhebliche Minderung stattgefunden, so ist es regelmäßig einerlei, ob der Wert des fehlerhaften Teils ein geringer ist (JW. 05, 339[8]). War eine gebrauchte Sache (oder Gelegenheitsware) Gegenstand des Kaufs, so ist der Fehler auch dann unerheblich, wenn er Anm. 40.

Digitized by Google

§ 377. leicht erkennbar war und mit geringen Kosten beseitigt werden konnte (JW. 07, 173[11]). Denn bei Gelegenheitskäufen, wie beim Kauf von Abfallware, wird von vornherein mit dem Vorhandensein von Fehlern in gewissem Umfange gerechnet. Sonst aber kommt es nicht darauf an, daß der zur Beseitigung des Mangels aufzuwendende Betrag im Verhältnis zum Kaufpreis ein geringfügiger ist. Die Minderung muß so geringfügig sein, daß jeder Gewährleistungsanspruch ausgeschlossen wird (JW. 00, 880[25]; 05, 426[5]). Die Unerheblichkeit kann nicht damit begründet werden, daß der Mindergehalt eines Weines an Mineralbestandteilen durch den Mehrgehalt an Extraktstoffen ausgeglichen sei (RG. 55, 203).

Anm. 41. b) An die Zusicherung einer Eigenschaft knüpft das Gesetz höhere Folgen (vgl. §§ 459 Abs. 2, 463; 480 Abs. 2 BGB.); vorausgesetzt wird jedoch, daß die Zusicherung für den Abschluß bestimmend war. War sie nicht bestimmend, so fehlt es am ursächlichen Zusammenhang; es gibt alsdann keine Gewährleistung. Als eine solche Zusicherung ist es nicht zu betrachten, wenn ganz allgemein die Fehlerfreiheit versichert, z. B. zugesichert wird, das Pferd sei gesund und fehlerfrei. Sodann sind hier Anpreisungen allgemeiner Art auszuscheiden, die der Käufer als solche erkennen konnte (§ 360 Anm. 3). Es muß vielmehr eine bestimmte Eigenschaft zugesichert sein. Auch hat das Gesetz nicht bloße dicta, sondern nur promissa im Auge, d. h. nur dann, wenn der Käufer in erkennbarer Weise seinen Kaufswillen vom Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Sache abhängig macht und der Verkäufer seinen Willen, dafür einzustehen, zu erkennen (das ist der Fall bei Zusicherung der Probemäßigkeit; D. 224) gegeben hat, liegt eine Zusicherung im Sinne des Gesetzes vor (RG. 54, 223; JW. 03 Beil. 43[93]; 124[74]; Gruch. 48, 593). Nicht aber liegt eine Zusicherung vor, wenn nur eine unbestimmte Erklärung abgegeben wurde, z. B. die Ware sei schön und trocken, obgleich das Nichtvorhandensein erheblicher Fehler (vgl. RG. 34, 327) ebensowohl Gegenstand einer dem Gesetz genügenden Zusicherung sein kann, als die Zusage solcher Eigenschaften, auf deren Vorhandensein der Käufer schon von Gesetzes wegen ein Recht hat, wie z. B. auf die Unschädlichkeit eines gewissen Mittels für das Bier. Der Käufer will sich in letzterem Falle die höheren Wirkungen sichern, die das Gesetz mit einer Zusicherung verbindet. Darin, daß beide Teile wissen, welche Eigenschaften die Sache haben oder künftig erlangen soll und von der Absicht geleitet sind, einen dementsprechenden Kauf abzuschließen, liegt noch nicht die hier erforderliche Zusicherung (s. JW. 05, 530; vgl. auch JW. 02 Beil. 8[18]); auch noch nicht in der bloßen Angabe einer Eigenschaft durch den Verkäufer. Das ist noch keine vertragsmäßige Bindung. Wohl aber liegt die Sache anders, wenn zu der Kenntnis beider Teile von dem besonderen Zweck, für den die Ware bestimmt ist, noch eine auf diesen Zweck abzielende Zusicherung — sei es auch allgemeiner Art z. B. der Primaqualität — abgegeben wird. In der Klausel „wie gehabt" liegt nur die Zusicherung, daß dieselbe Qualität, wie früher, geliefert werde, nicht aber die Zusicherung, daß sie ebenso unbeschädigt wie die frühere Sendung den Transport überstehe (RG. im Recht 04, 76[318]). Daß die Zusicherung eine ausdrückliche sein müßte, ist nicht vorgeschrieben; sie kann auch eine stillschweigende sein, wenn sie zum Vertragsinhalt gemacht worden ist (s. JW. 03 Beil. 43[93]); so ist z. B. bei Verkauf von Saatgut, wenn kein anderer Handelsgebrauch besteht (OLG. Hamburg LZ. 07, 359[3]), die Keimfähigkeit zugesichert (ROHG. 8, 249; RG. 27, 19; RG. Kiel SchlHolstAnz. 04, 326). Erklärt der Käufer, er verlange die und die Eigenschaften, und schließt darauf der Verkäufer ohne Widerspruch ab, so hat er die verlangten Eigenschaften stillschweigend zugesichert.

Mitunter wird die Unterscheidung schwierig, ob es sich um Zusicherung einer Eigenschaft handelt. Hat der Verkäufer z. B. zugesichert, daß er die Ware noch in bestimmter Weise bearbeiten werde, wie dies beim Spezieskauf von Halbfabrikaten vorkommen kann, oder hat er beim Spezieskauf eine Sortierungspflicht übernommen, so sind dies Nebenverpflichtungen, die ähnlichen Charakter haben, wie die Übersendungspflicht. Der Verkäufer haftet nur für Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt nach § 276 BGB. Ist eine Sortierungspflicht beim Gattungskauf übernommen, so bedeutet dies, daß nur die sortierte Ware gekauft ist. Über Formfragen s. § 350 Anm. 50 u. 64.

Digitized by Google

Der Wert einer Sache ist an sich keine Eigenschaft (RG. 59, 242; ROHG. 22, 392). Daher kann auf die unrichtige Behauptung des Verkäufers, er verkaufe zum Selbstkostenpreis, zu Fabrikpreisen u. dgl., oder auf dessen Angabe eines unrichtigen letzten Verkaufspreises ein Gewährleistungsanspruch nicht gegründet werden. Wenn aber auch der Wert selbst keine Eigenschaft darstellt, so ist dies doch anders bezüglich der Elemente, aus denen der Wert einer Sache sich zusammensetzt und die nach den Anschauungen des Verkehrs entscheidenden Einfluß auf die Wertschätzung einer Sache haben (RG. 61, 86; 59, 242; 21, 311). Diese Auffassung entspricht auch dem durch die Rechtsprechung umschriebenen Begriff der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer Sache (oben Anm. 39). So betrachtet man nicht nur Zusicherungen hinsichtlich der Haltbarkeit der Ware (oben Anm. 8), der Leistungsfähigkeit einer Maschine (RG. bei Gruch. 47, 1009), der Patentierung eines Artikels (Exk. vor § 373 Anm. 8), des nicht gehinderten Vertriebs einer Ware oder deren Exportfähigkeit, ferner die Bezeichnung eines Ladens als für Fleischer konkurrenzlos (Dresden OLGR. 11, 139), Zusicherungen hinsichtlich Abladezeit überseeischer Ware (RG. 58, 231), hinsichtlich der Versicherung der Kaufsache (RG. 54, 222) und ihrer gewerblichen Verwendbarkeit (JW. 05, 425[1]), sondern auch die Zusicherung eines in der Vergangenheit erzielten Ertrags oder einer gewissen Kundschaft des verkauften Anwesens oder Geschäfts als eine nach § 359 BGB. zu beurteilende Zusicherung bestimmter Eigenschaften einer Sache (RG. 63, 57). Danach hat beim Kauf eines Handelsgeschäfts (oben Anm. 5 u. Exk. vor § 373 Anm. 2) die Zusicherung eines Geschäftsumsatzes von bestimmter Höhe, oder eines Reingewinnes für einen bestimmten vor den Kauf fallenden Zeitraum sowohl von dem Gesichtspunkte aus, daß der Umsatz oder Gewinn damals erzielt worden sein muß, wie auch von dem Gesichtspunkte aus, als verständigerweise die Fortdauer des für die Preisbewilligung erheblichen Umsatzes für die Zukunft erwartet werden darf, der zur Zeit des Vertragsschlusses gezogene oder wirklich zu ziehende Nutzen die Bedeutung einer Eigenschaft der Kaufsache (RG. 21, 311; 52, 2; 63, 57; JW. 97, 581[56]; 03 Beil. 249[113]; 04, 403[2]; 05, 389[7]; SeuffA. 60, 7. § 377. Anm. 42

Zu Sacheigenschaften sind ferner erklärt: JW. 02 Beil. 270: seither erzielte Mietserträgnisse; JW. 95, 394[46]: Brauchbarkeit eines Hauses zum Hotel; Gruch. 28, 909; 40, 867; JW. 95, 394[46]; 97, 23[54] u. 256[88]: Unbewohnbarkeit eines Gebäudes wegen polizeiwidriger Beschaffenheit; JW. 96, 61[24]: Kauf eines Hauses wegen der Kundschaft; SeuffA. 17 Nr. 129 u. JW. 02, 145[77]: Jahreseinnahmen einer Apotheke, Frequenz einer Heilanstalt; SeuffA. 40 Nr. 102: Höhe der vom Kaufgegenstand zu entrichtenden Steuern und Abgaben; noch weitergehend RG. 61, 84: Das Recht, die Bebauung des Nachbargrundstücks zu verbieten, ist eine Eigenschaft des Hauses; über die Form eines solchen Grundstückskaufs vgl. § 35 Anm. 20, 64 u. 72. Selbstverständlich können solche Angaben über den Ertrag nicht als Zusicherungen aufgefaßt werden, wenn schon zur Zeit des Kaufs zum Ausdruck gebracht wurde, daß die Verhältnisse nicht mehr die alten sind (JW. 05, 389[7]); oder wenn nur unverbindliche Schätzungen gemacht worden sind. Die Sache kann allerdings auch so liegen, daß für einen in der Vergangenheit erzielten Reingewinn die Garantie übernommen wird. Alsdann kommen nicht die Gewährleistungsgrundsätze sondern die Grundsätze über Garantiehaftung zur Anwendung (unten Anm. 45).

Die Wertpapiere erfordern eine besondere Betrachtung; hierüber s. § 381 Anm. 1 ff. Anm. 43.

Bei Mängeln hinsichtlich zugesicherter Eigenschaften erzeugen auch unerhebliche Mängel und solche Mängel, die keinen Einfluß haben, die Pflichten der Gewährleistung (RG. 47, 135). Es kann aber die Zusicherung unter Umständen, z. B. beim Kauf gebrauchter Sachen und bei Gelegenheitskäufen so gemeint sein, daß eine Gewährleistung für unerhebliche Mängel nicht stattfinden, oder daß es auf eine geringe Abweichung nicht ankommen soll. Auch sonst kann die Vertragsauslegung bei ganz geringfügigen Mängeln zu der Annahme führen, daß trotz der Zusicherung bestimmter Eigenschaften neuer Ware die Parteien solchen gänzlich unbedeutenden Fehlern keine Bedeutung beimessen wollten. Wegen Zusicherung einer bestimmten Grundstücksgröße siehe § 468 BGB. (vgl. auch RG. 53, 73 u. Exk. zu § 274 Anm. 166). Anm. 44.

Digitized by Google

§ 377. Anm. 45. c) Überall wird vorausgesetzt, daß der Mangel im Augenblick des Gefahrübergangs auf den Käufer vorhanden ist, weil beim Gattungskauf die Kaufsache erst durch den Gefahrübergang eine bestimmte wird (§ 480 BGB.; RG. 52, 354; 53, 73 u. 90; 55, 202; JW. 05, 230[7]). Nur bei dem Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft beim Kauf einer bestimmten Sache ist vorausgesetzt, daß ein Mangel zur Zeit des Kaufs vorhanden ist (§§ 463, 480 BGB.; RG. 53, 90; darüber, wann die Gefahr übergeht, s. den Exk. zu § 382). Daher beurteilt sich die Zusicherung, daß eine zur Zeit des Gefahrübergangs oder zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandene Eigenschaft (z. B. ein bestimmter Umsatz oder Ertrag) auch in Zukunft fortdauere, oder daß eine damals nicht vorhandene Eigenschaft in Zukunft vorhanden sein werde (z. B. bei Zusicherung künftiger Dividendenhöhe verkaufter Aktien; RG. bei Holdheim 04, 251), nicht nach Gewährleistungsgrundsätzen (§§ 459, 463, 480), sondern nach den Grundsätzen über Garantieübernahme, und Vertragserfüllung gemäß §§ 326 ff. BGB. (vgl. RG. 52, 2 u. SeuffA. 62, 7; JW. 06, 712[8]; wenn es sich nicht etwa nur um eine einfache Spekulation handelte, RG. 52, 431). Es muß aber, wenn eine derartige Garantiezusage in bindender Weise gemacht ist, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verlangt werden, daß der Berechtigte innerhalb einer von Entdeckung einer erheblichen Abweichung an zu bemessenden Frist von seinen Rechten Gebrauch macht. Andernfalls liegt in dem stillschweigenden Fortbetrieb eines gekauften Geschäfts, das auch heruntergewirtschaftet werden kann, ohne daß dafür der schlüssige Beweis zu liefern wäre, ein Verzicht auf alle Rechte. Ist beim Versendungskauf ein zur Zeit des Gefahrübergangs vorhandener Fehler vor der Übergabe der Kaufsache an den Käufer wieder weggefallen (z. B. das krank versendete Vieh trifft gesund ein; Dernburg II 2 § 184 IV), so kann der Käufer keine Gewährleistungsansprüche erheben; anders, wenn der bei der Übergabe vorhandene Fehler erst nachher weggefallen ist (RG. 55, 206). Hat sich nach Vertragsschluß aber vor dem Übergang der Gefahr erst ein Fehler eingestellt (z. B. durch Belastung der Kaufsache mit neuer Abgabe), oder ist eine zugesicherte Eigenschaft hinweggefallen (z. B. die Exportfähigkeit), so ist dafür der Verkäufer verantwortlich (Exk. zu § 374 Anm. 49); in diesem Falle kommen die Grundsätze von der Unmöglichkeit der Erfüllung §§ 325, 323 BGB. zur Anwendung (Planck § 462 Anm. 7b).

Anm. 46. d) Von Zusicherung einer Eigenschaft ist zu unterscheiden die einer Willenserklärung beigefügte Voraussetzung, z. B. daß der bestimmte Kaufpreis für eine gewisse Maßeinheit eine gewisse Höhe nicht überschreiten dürfe (RG. 24, 71), oder daß die Verwendung der Kaufsache keiner polizeilichen Genehmigung bedürfe, oder die Genehmigung erhalten habe. Eine Anfechtung wegen Irrtums findet hier nicht statt; auch kommen die Gewährleistungsgrundsätze nicht zur Anwendung, noch auch ist an eine aufschiebende Bedingung nach § 158 BGB. zu denken (JW. 07, 358[4]), vielmehr läßt eine solche Voraussetzung, falls sie nicht eintrifft, den Vertrag nicht zustande kommen. Daher bedeutet das Vorschützen einer solchen Voraussetzung Leugnen des Klagegrundes, und es trifft den Gegner die Beweislast. Damit eine solche Voraussetzung gegeben sei, genügt es nicht, daß die unterstellte Voraussetzung dem Gegner bei Vertragsschluß erkennbar gemacht worden ist. Sie muß entweder ausdrücklich zum Inhalt des Vertrags gemacht worden sein oder sich nach den Grundsätzen über Auslegung des Vertragswillens als beiderseitigen Vertragswillen ergeben (RG. 62, 267). Nur insofern gibt es eine stillschweigende Voraussetzung, die sich nach denselben Gesichtspunkten beurteilt wie der Rücktritt wegen veränderter Umstände (Exk. vor § 373 Anm. 39).

Anm. 47. e) Für Zusicherungen des Geschäftsvermittlers haftet der Verkäufer nur, wenn er sie vor dem Abschluß gekannt oder sonstwie vor- oder nachher gebilligt hat (JW. 04, 354[2]; 07, 134[13]). Bedient sich der Geschäftsherr zu den vorbereitenden Verhandlungen einer zu ihm in keinem Vertragsverhältnis stehenden Mittelsperson, um sodann selbst abzuschließen, während der Vertragsgegner in den Glauben versetzt wird, er schließe auf Grund der Erklärungen der Mittelsperson ab, so liegt in diesem Verhalten des Geschäftsherrn seine stillschweigende Erklärung, daß er für rechtsgeschäftliches Verschulden seines Mittelsmannes einstehe

Digitized by Google

(JW. 06, 352[18]). Anderseits kann sich der Verkäufer vor der Haftbarkeit für seine eigene Zusicherung nicht dadurch schützen, daß er die Zusicherung im Vertrauen auf die Versicherung eines Dritten erteilt hat, an dessen Zuverlässigkeit und Sachkunde nicht zu zweifeln war. Der Auktionator kann als Selbstverkäufer behandelt werden, wenn er ohne Nennung seines Auftraggebers verkauft und der Käufer nicht vor oder beim Kaufabschluß erfährt, wer als Auftraggeber hinter dem Auktionator steht (RG. II 629/04 Urt. v. 4. 7. 05). **§ 377.**

f) Von einem Mangel kann man nicht mehr sprechen, wenn die Ware für den Handelsverkehr durchaus wertlos ist und überhaupt nicht mehr als Handelsgut gelten kann. Zu völliger Wertlosigkeit gehört, daß die Ware auch nicht durch Umarbeitung verwertbar zu machen ist (RG. bei Holdheim 12, 161). Denn Ware, die nicht Handelsgut mittlerer Güte ist, bleibt doch noch Handelsgut (Bolze 2 Nr. 1005). Alsdann greifen nicht die Regeln von der Gewährleistung wegen Mängel der Sache, also auch nicht § 377, sondern die Regeln vom Erfüllungsverzug Platz (vgl. RG. 53, 90). Das hat die Rechtsprechung schon früher bei Anwendung des Art. 349 altes HGB. anerkannt (ROHG. 11, 46; vgl. ROHG. 14, 371); für § 377 gilt dasselbe (Bolze 19 Nr. 570; RG. bei Gruch. 39, 1105), zumal jetzt die Vorschrift des § 378 von dem gleichen Grundgedanken ausgeht (D. 226). Beispiele hierfür sind: Gerste, die vollständig von Würmern zerfressen ist, verdorbenes und ungenießbares Bier, Saatgut, das als solches unbrauchbar ist (RG. 53, 90). Die völlige Wertlosigkeit hat der Käufer zu beweisen. Dagegen gehört ein Abschluß über wertlose, zu Verfälschungszwecken bestimmte Ware nicht hierher. Ein solcher Abschluß ist unsittlich (OLG. Braunschweig SeuffA. 61, 177). Darüber, daß Quantitätsfehler oft Qualitätsfehler sind, siehe oben Anm. 6; über den Unterschied der Qualitätsmängel von Nichterfüllung anderer Zusagen siehe oben Anm. 8ff. Anm. 48.

2. **Welche Rechte stehen dem Käufer bei einem Mangel der Sache zu?** Allgemeine Übersicht. Anm. 49.

a) Zunächst hat der Käufer das Recht der Wandelung d. h. das Recht, den Kauf rückgängig zu machen (§ 462 BGB.). Näheres hierüber s. unten Anm. 58ff.

b) Daneben steht ihm zur Wahl das Recht auf Minderung d. h. das Recht auf Herabsetzung des Kaufpreises (§ 462 BGB.). Näheres hierüber unten Anm. 76ff. Anm. 50.

c) Außerdem steht ihm beim Mangel einer **zugesicherten** Eigenschaft und bei **arglistiger Verschweigung** eines Fehlers zur Wahl, d. h. es kann von ihm statt Wandelung oder Minderung das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden (§ 463 BGB.). Dies Recht setzt bei dem Kauf einer bestimmten Sache voraus, daß der Fehler zur Zeit des Kaufs vorhanden ist; beim Gattungskauf besteht auch hier die regelmäßige Voraussetzung für alle Gewährleistungsansprüche, daß der Fehler zur Zeit des Übergangs der Gefahr vorhanden sein muß (§§ 463, 480 Abs. 2 BGB.; oben Anm. 45). Worin der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht, darüber s. unten Anm. 85ff. Anm. 51.

d) Ferner kann der Käufer beim Gattungskaufe statt Wandelung oder Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Darüber Näheres unten Anm. 90ff. Anm. 52.

e) Endlich aber steht dem Käufer bei schuldhaft mangelhafter Lieferung auch noch allgemein das Recht auf Schadensersatz zu. Näheres unten Anm. 100ff. Anm. 53.

f) Ein Recht des Käufers auf Nachbesserung (Reparatur, Nachlieferung der fehlenden Eigenschaft oder von Ersatzware, Umtausch fehlerhafter Stücke) besteht nur im Falle besonderer Vereinbarung, wie z. B. bei Garantieübernahme oder, wenn der Verkäufer die Ware nach Vertragsschluß schuldhafterweise beschädigt hat und deshalb Schadensersatz nach § 276 BGB. leisten muß (unten Anm. 105 § 249 BGB.; Oertmann § 462 5 aα u. Cosack BR. I § 127 VI). Im Kauf einer bestimmten Sache schon kann der Parteiwille enthalten sein, daß eine Nachlieferung oder Nachbesserung trotz Garantieübernahme vom Käufer nicht verlangt werden darf (unten Anm. 55; vgl. Planck § 462 Anm. 4). Anm. 54.

Digitized by Google

§ 377. Anm. 55. Der Käufer ist nicht verpflichtet, Nachbesserung oder Lieferung von Ersatzware zu verlangen, ehe er seine übrigen Rechte geltend macht (RG. 34, 192; 36, 232). Auch der Verkäufer hat kein Recht, dem Käufer Nachbesserung oder Lieferung anderer Ware anzubieten. Durch das Anbieten bestimmter Ware ist eine Individualisierung eingetreten und damit der Gattungskauf zum Spezieskauf geworden. Daß beim Kauf einer bestimmten Sache von einem Nachbesserungsrecht des Verkäufers keine Rede sein kann, ergibt sich aus der Natur der Sache (RG. 34, 193, oben Anm. 54). Zwar hat die Individualisierung nicht die Bedeutung, daß der Verkäufer nicht bei Annahmeverzug des Käufers Ersatzware liefern könnte (Ert. vor § 373 Anm. 70); auch ist zuzugeben, daß der Verkäufer die zurückgewiesene fehlerhafte Ware verbessern und nun als vertragsmäßige anbieten kann, wenn der Käufer sie annimmt. Hat der Käufer die Ware aber einmal als mangelhafte abgelehnt, so gibt es keine Nachlieferung von Ersatzware (RG. 36, 232; 43, 184; 52, 358); auch nicht mit Zuhilfenahme der Grundsätze von Treu und Glauben (a. M. Planck § 462 Anm. 4; § 480 Anm. 4; Cosack BR. I § 127 V 2 u. Oertmann § 462 Anm. 5b). Nur besondere Umstände vermögen ein Nachbesserungsrecht zu begründen (JW. 04, 198[7]); nämlich dann, wenn nach dem Vertragsinhalt, also nach dem mit Hilfe der §§ 157, 242 BGB. zu ermittelnden Vertragswillen ein solches Recht vertraglich eingeräumt werden sollte. Wenn auch Verkehrssitte, Handelsgebräuche und die Grundsätze von Treu und Glauben helfend eingreifen, so genügen sie für sich allein noch nicht. Namentlich kann ein Nachbesserungsrecht nicht mit der Unbedeutendheit des Mangels oder damit begründet werden, daß der Mangel nur einen kleinen Teil betreffe, der sich rasch beseitigen lasse, noch auch damit, daß der Käufer ein Interesse an Versagung einer Nachbesserung nicht habe; es wäre denn, daß eine Schikane nach § 226 BGB. vorläge (RG. 61, 92). Hat der Käufer die Nachbesserung gestattet, so darf er die erteilte Erlaubnis nicht grundlos zurückziehen; er würde sonst gegen Treu und Glauben verstoßen und mit seiner Wandelungsklage als verfrüht abzuweisen sein (RG. bei Holdheim 15, 84). Genügt der Verkäufer dem berechtigten Verlangen der Nachgewähr oder des Umtausches nicht, so ist als Parteiwille anzunehmen, daß der Käufer nunmehr wieder die Wahl unter den Gewährleistungsansprüchen haben soll (JW. 99, 350[46]; OLG. Dresden SeuffA. 60, 274). Ist die Vereinbarung der Nachgewähr dahin aufzufassen, daß der Käufer auf seine Gewährleistungsansprüche verzichtet habe, so ist ein neues Vertragsverhältnis geschaffen, auf welches § 326 BGB., also die Grundsätze vom Leistungsverzug, Anwendung finden. Der Käufer ist dann nicht auf seinen Nachbesserungsanspruch beschränkt. Erweist sich die Nachbesserung als unmöglich, so kommt sogar § 306 BGB. zur Anwendung. Keinenfalls braucht der Käufer sich eine Nachbesserung gefallen zu lassen, wenn der Verkäufer zunächst jede Gewährleistung abgelehnt und erst im Rechtsstreit nach ungünstigem Beweisergebnis Nachbesserung oder Nachlieferung anbietet (RG. V 18/04 Urt. v. 29. 6. 04). Hat sich der Käufer gegen einen Preisnachlaß durch Vergleich zur festen Übernahme einer Maschine verpflichtet und der Verkäufer dagegen die Lieferung gewisser Maschinenteile versprochen, so kann nur noch wegen der Ersatzteile gewandelt oder gemindert werden, nicht aber begründen Mängel dieser Teile ein Recht auf Rücknahme der Maschine (RG. 54, 165).

Anm. 56. g) Die Gewährleistungsansprüche des BGB. wegen Sachmängeln schließen eine Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 Abs. 2 BGB. aus, d. h. eine Anfechtung eines Kaufs wegen Irrtums über das Vorhandensein einer verkehrswesentlichen Eigenschaft der Kaufsache findet nicht statt, wenn das Fehlen dieser Eigenschaft zugleich ein Mangel der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft einer Sache ist. Die Anfechtung wegen Irrtums setzt wesentliche Eigenschaften, also solche Eigenschaften voraus, welche das Wesen der Sache betreffen, sie also zu einer anderen Sache machen (Cosack BR. I § 64). Die Gewährleistung zieht sich weitere Grenzen; es genügt ihr schon ein Fehler, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem Vertrag nach vorausgesetzten Gebrauche aufhebt oder mindert (§ 459 BGB.; oben Anm. 39). Soweit diese beiden gesetzlichen Tatbestände zusammentreffen, sind nur die Gewährleistungsvorschriften, als für den Kauf gegebene Sondervorschriften, an-

Digitized by Google

wendbar (RG. 61, 176; JW. 07, 134[13]; vgl. v. Blume im Recht 07, 351; Lenel in IheringsJ. 44, 13). Es bedingt hierbei keinen Unterschied, ob die Mängel offene oder heimliche sind, und ob der Käufer die Mängel erst nach Ablauf der sechsmonatlichen Verjährung des § 477 BGB. entdeckt hat oder entdecken konnte (RG. 61, 177). Daher macht es auch nichts aus, daß das Fehlen der vorausgesetzten Eigenschaften erst durch die mangelhafte Vertragserfüllung selbst zutage getreten ist (RG. 62, 282), und es begreift die Vereinbarung des Gewährleistungsausschlusses auch den Verzicht auf Anfechtung wegen Irrtums in sich (JW. 05, 79[16]). Man kam früher zu demselben Ergebnis, indem man einen Irrtum über die Art und Güte einer Ware nicht als einen Irrtum über den Gegenstand des Vertrags, sondern als Irrtum über den Beweggrund auffaßte (JW. 93, 257[28]; 02, 28[22]). Ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums ist also nur gegeben, soweit aus § 359 BGB. ein Gewährleistungsanspruch nicht erhoben werden kann. Dabei ist für den Gattungskauf zu beachten, daß die Gewährleistung nur wegen z. Zt. des Gefahrübergangs vorhandener Mängel stattfindet (oben Anm. 45), während die Anfechtung wegen Irrtum sich auf z. Zt. des Vertragsschlusses vorhandene Fehler bezieht. **§ 377.**

Auf die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bezieht sich der Ausschluß nicht. Hier kann der Beschädigte zwischen den Gewährleistungsklagen und der Anfechtung wählen (JW. 03 Beil. 90[309]); allein es bedarf, wenn der Kauf rückgängig gemacht werden soll, der rechtzeitigen Anfechtung. Diesem Erfordernis kann der Käufer nicht durch Anrufen der §§ 823, 826 BGB. ausweichen (RG. 63, 270). Über die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung siehe unten Anm. 154.

h) Über die positiven Vertragsverletzungen siehe Exk. zu § 374 Anm. 172ff. und über die Bedeutung mangelhafter Lieferung insbesondere dort Anm. 183. Anm. 57.

3. **Näheres über die einzelnen Gewährleistungsansprüche.** Anm. 58.

a) **Das Recht auf Wandelung,** die frühere actio und exceptio redhibitoria.

α) Die Geltendmachung dieses Rechts setzt hier beim Handelskauf voraus, daß ein Mangel der Sache rechtzeitig und gehörig gemäß § 377 gerügt worden ist (außer im Falle des arglistigen Verschweigens, unten Anm. 154), daß ferner ein Mangel in gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften oder in zugesicherten Eigenschaften zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden (oben Anm. 45), daß auch der Mangel kein unerheblicher ist (JW. 04, 359[12] u. oben Anm. 40 u. 44).

β) Inhalt und Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung. Meist wird behauptet — und zwar in Anlehnung an die von der zweiten Kommission in der Tat angenommenen sog. Vertragstheorie; Prot. I, 680 — der Inhalt des Anspruchs sei der, daß der Käufer vom Verkäufer die Annahme seines auf Aufhebung des Kaufvertrags gerichteten Vertragsantrags verlangen könne (so insbes. Planck § 462 Anm. 3; Neumann § 462 Anm. 2b und grundsätzlich auch Dernburg II 2 § 185 VI). Nach dieser Vertragstheorie muß zunächst auf Abschließung eines Wandelungsvertrags geklagt, und erst nach rechtskräftiger Verurteilung auf Abschließung dieses Vertrags kann ein zweiter Prozeß nachfolgen, der auf Leistung gerichtet ist. Nur besondere Auslegung könne schließlich noch dazu führen, in dem direkt auf Wandelung gerichteten Begehren auch das Begehren auf Abschluß eines Wandlungsvertrags als gestellt zu erblicken, sonst müsse die Klage abgewiesen werden. Die bloße Einrede der Wandelung nütze dem Käufer nichts; denn die Rechtskraft des Urteils beschränke sich nach § 322 CPO. nur auf die geltend gemachten Ansprüche. Die Wandelungseinrede enthalte einen solchen Anspruch nicht. Zur Herbeiführung einer Wandelung bedürfe es daher einer Widerklage (Oertmann § 462 Anm. 3b). Auch für den Gerichtsstand und den Erfüllungsort müßte diese Theorie von Bedeutung sein, weil der Verkäufer an seinem Erfüllungsort die Annahmeerklärung auf den Vertragsantrag des Käufers abzugeben hätte. Es entsteht sodann die weitere Frage, wie lange der Käufer an seinen Vertragsantrag gebunden ist, ob er widerrufen werden kann, und wie es sich mit der Form des Wandelungs- Anm. 59

Digitized by Google

§ 377. vertrags verhält, wenn es sich um ein Grundstück handelt (vgl. Eccius Gruch. 43, 305 ff.; Oertmann im Recht 04, 4 ff.). Daß die Vertragstheorie in dieser Ausbildung zu unerträglichen Weitläufigkeiten und Schwierigkeiten führt, ist allgemein anerkannt.

Anm. 60. Das Gesetz zwingt zu dieser Theorie nicht. § 465 BGB. sagt nur, daß die Wandelung vollzogen ist, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Der Verkäufer kann sich auch zur Wandelung erbieten und den Käufer zur Erklärung auffordern, ob er Wandelung verlange (§ 466 BGB.). Kommt der Käufer dieser Aufforderung nach und verlangt die Wandelung, so ist damit die Wandelung ebenfalls vollzogen. Ganz ebenso verhält es sich, wenn der Käufer gemäß § 480 BGB. an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie verlangt und der Verkäufer darauf eingeht, und wenn der Käufer Preisminderung begehrt und der Verkäufer seine Zustimmung ausspricht. Das heißt, dazu, daß die Wandelung als vollzogen gilt, gehört eine beiderseitige Willensübereinstimmung. Was diese Einigung angeht, so gelten hierüber alle Grundsätze des BGB. über vertragliche Einigung; also kann sie formlos und selbst stillschweigend vor sich gehen. Nur muß dann auch eine vollkommene Einigung über alle mit der Wandelung zusammenhängende Punkte vorhanden sein, sonst ist das ganze Rechtsgeschäft der Wandelung nicht zustandegekommen (RG. im Recht 06, 858[2092]; Exk. zu § 361 Anm. 82 ff.). Daher genügt die Einigung, daß die Kaufsache zurückgegeben werden soll (oder gar die alleinige Bemerkung des Verkäufers: Schicken Sie mir den ganzen Krempel zurück), noch nicht zum Abschluß einer Wandelung, weil noch andere Punkte der Regelung harren (RG. in Gruch. 51, 170). Wohl aber liegt ein solches Einverständnis in jeder Handlung, die sich notwendigerweise nicht anders verstehen läßt, als eine Willensübereinstimmung. Also liegt das Einverständnis schon in dem Anfang der Erfüllung des Wandelungsverlangens, d. h. regelmäßig schon in der Entgegennahme eines Teils der zurückzugewährenden Kaufsache oder des herauszugebenden Kaufpreises. Aus denselben Gründen bedarf der äußerlich als Wandelungsvertrag sich darstellende Wandelungsvollzug nicht der Form des § 313 BGB. und erledigt sich auch die Streitfrage, ob eine Rücknahme eines Wandelungsantrags möglich ist und bis zu welchem Zeitpunkt. Solange die Willenseinigung nicht vorhanden ist, ist kein Teil gebunden. Etwas anderes findet sich auch nicht in RG. 59, 97 ausgesprochen, obgleich in dieser Entscheidung mannigfach (Oertmann § 465 1c; Krückmann SeuffBl. 05, 585) eine Bestätigung der Vertragstheorie gefunden wird. Eine solche Bestätigung ist allerdings in RG. VI 183/04, Urt. v. 16. 2. 05 (HansGZ. Hptbl. 05, 168) enthalten; allein auf dem betreffenden Ausspruch, daß der Wandelungsanspruch zunächst nur auf Abschluß eines Wandelungsvertrags gehe, beruht dieses Urteil nicht. Die Entscheidung in RG. 59, 97 besagt nur, daß die Wandelung nicht schon durch einseitige Erklärung des Wandelungsberechtigten, sondern erst durch Zustandekommen einer Willenseinigung des Käufers und Verkäufers über die Wandelung vollzogen ist (JW. 07, 359[7]). Damit ist der Zeitpunkt der vollzogenen Wandelung festgelegt. Daß der Käufer die fehlende Einwilligung des Verkäufers durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO. herbeiführen müßte, ist nicht gesagt. Es kann vielmehr der Käufer unmittelbar auf Rückleistung klagen. Er bedarf des Umweges eines besonderen Antrags oder besonderer Klage auf Einwilligung in Rückgängigmachung des Kaufvertrages nicht (RG. 58, 424). Der Käufer verlangt unmittelbar die Rückzahlung des bezahlten Kaufpreises, der Verkäufer die Rückgabe der übergebenen Kaufsache, ohne daß die Hilfe der Auslegung noch herangezogen werden müßte, ob in einem solchen Antrag das Begehren auf Abschluß eines Wandelungsvertrags enthalten sei oder nicht. Ist der Kaufpreis noch nicht bezahlt, so widersteht der Käufer der Klage auf Zahlung mit der Wandelungseinrede (zust. Marienwerder OLGR. 4, 35; Braunschweig im Recht 05, 164[669]; Mathias ZZ. 07, 205; Haymann bei Gruch. 46, 509; a. M. Naumburg OLGR. 12, 56). Es muß sogar genügen, wenn ein Antrag auf Anerkennung gestellt ist, daß dem Verkäufer aus dem Vertrag keine Ansprüche mehr zustehen, wenn aus der Antragsbegründung sich der Sinn des Antrags als eines Wandelungsbegehrens ergibt.

Digitized by Google

Die in § 465 BGB. erwähnte Einverständniserklärung kann der Verkäufer solange abgeben, als der Käufer sein Wandelungsverlangen nicht zurückgenommen hat. Der Käufer kann sein Begehren zurückziehen, solange der Verkäufer dasselbe nicht angenommen hat oder rechtskräftig darüber entschieden ist (OLG. Hamburg HansGZ. 06 Beibl. 163 u. 04 Hptbl. Nr. 308). In dem Wandelungsverlangen liegt kein Vertragsantrag, sondern die Geltendmachung eines Rechts, eines Anspruchs. So faßte man die Sachlage auch früher auf (RG. 27, 393ff.). Hatte der Käufer die Ware zur Verfügung gestellt, so wurde darin nicht ein Vertragsantrag erblickt, der nach § 147 BGB. sofort angenommen werden müßte, sondern die Geltendmachung eines Rechts, die so lange wirkte und angenommen werden konnte, bis sie zurückgenommen war. Mit Annahme der Zurverfügungstellung war der Kauf rückgängig geworden, „die Wandelung vollzogen". Der § 465 BGB. hat also lediglich die Bedeutung, daß der Käufer bei der von ihm getroffenen Wahl festgehalten wird, wenn der Gegner zustimmt. Sobald die Wandelung durch beiderseitige Erklärung vollzogen ist, hat der Wandelungsberechtigte sein Wahlrecht verloren. Allerdings liegt in dieser Willenseinigung auch ein Vertragsabschluß, indem auf diesen Vertrag allein schon das Verlangen auf Rückleistung gestützt werden kann, ohne daß nun noch der Nachweis zu verlangen wäre, daß das Wandelungsbegehren ein wegen vorhandener Mängel berechtigtes war. Auf die Berechtigung kommt es dann nicht mehr an. § 377. Anm. 61.

Erklärt sich der Verkäufer mit der vom Käufer verlangten Wandlung nicht einverstanden, so macht der Käufer seine Ansprüche gerichtlich geltend. Ein Rücktrittsrecht im Sinne des BGB. liegt allerdings in dem Verlangen auf Wandelung nicht (vgl. RG. 55, 110), sonst könnte der Käufer ein anderes Recht nicht mehr wählen, nachdem er das Recht der Wandelung gewählt hat. Der Kaufvertrag wird also durch das Verlangen der Wandelung selbst noch nicht aufgehoben, wohl aber durch den rechtskräftigen Richterspruch. Ist auf Verlangen des Käufers der Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufpreises verurteilt; ist der Verkäufer auf Klage des Käufers zur Preisminderung oder zur Lieferung einer mangelfreien Sache verurteilt, so ist das Rechtsverhältnis in dieser Weise rechtskräftig festgestellt und zwar bindend für beide Teile. Ist dagegen die Erfüllungsklage des Verkäufers auf die Wandelungs- oder Preisminderungseinrede hin ganz oder teilweise abgewiesen, so erzeugt dieses Urteil hinsichtlich der Einreden allerdings keine Rechtskraft (§ 322 Abs. 1 CPO.). Allein der Verkäufer kann sich nicht mehr auf den formalen Standpunkt stellen, der Kaufvertrag sei unverändert, noch würde es sich mit Treu und Glauben vereinigen lassen, wenn der Käufer, der seiner Einrede Erfolg verschafft hat, dem Verkäufer gegenüber geltend machen wollte, es fehle an dem zum Vollzug der Wandelung oder Preisminderung erforderlichen Einverständnisse (vgl. Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem BGB. 03, 242; Eccius bei Gruch. 43, 331; Nyssen JW. 02, 569; Planck § 465 Anm. 3). Anm. 62.

Hiernach wird die Wandelung vollzogen entweder durch einen Vertrag zwischen den beiden Parteien (der sich regelmäßig in der Weise abspielen wird, daß der Käufer die Wandelung verlangt und der Verkäufer sich damit einverstanden erklärt, oder daß der Verkäufer sich zur Wandelung erbietet und der Käufer sie alsdann verlangt, §§ 465, 466 BGB.) oder durch den rechtskräftigen Richterspruch, der auf Aufhebung des Kaufvertrags lautet oder die Folgerung aus dem bezüglichen Verlangen des Käufers zieht. Das Urteil hat nicht deklaratorische Kraft, so daß die Zustimmung zur Wandelung etwa auf den Augenblick zurückzubeziehen wäre, in dem der Unterlegene seine Zustimmung zur Wandelung nach dem Urteil hätte erteilen sollen, sondern es kommt auf die Zustellung des nachher rechtskräftig gewordenen Urteils an, das den Prozeßstoff tatsächlich erschöpft; also auf das Berufungsurteil, nicht auf das Revisionsurteil. Der Augenblick dieser Urteilszustellung entscheidet, nicht der der Klagezustellung oder der Klageeinreichung (vgl. auch unten Anm. 70 und 82 über die Ausübung des Wahlrechts). Anm. 63.

γ) Die einzelnen Vorschriften über die Wandelung, insbesondere über ihre Wirkung. Es finden in dieser Beziehung die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht Anm. 64.

Digitized by Google

§ 377. gegebenen Vorschriften der §§ 346—348, 350—354 BGB. entsprechende Anwendung (§ 467 BGB.).

Anm. 65. aα) Die Zulässigkeit der Wandelung ist dadurch bedingt, daß die Übergabe stattgefunden hat und die Kaufsache zu der Zeit des Gefahrübergangs (oben Anm. 3 und Erk. zu § 374 Anm. 42 ff.) mit einem erheblichen Fehler behaftet war oder einer zugesicherten Eigenschaft entbehrte (hierüber oben Anm. 58). Wird also ein „Rücktritt" wegen vertragsmäßiger Lieferung erklärt, so finden die Grundsätze über Wandelung Anwendung; denn es ist alsdann Wandelung gemeint (JW. 02 Beil. 251[168]; 04, 468[6]). Durch zufälligen Untergang der Sache wird die Wandelung nicht ausgeschlossen (§ 350 BGB.). Zufällig ist jeder Untergang, den der Käufer nicht verschuldet hat, also insbesondere, wenn die Sache durch den Mangel selbst untergegangen ist. Wohl aber wird die Wandelung dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer vor der Vollziehung der Wandelung eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache oder den Untergang eines erheblichen Teils der Sache verschuldet hat. Seinem eigenen Verschulden steht dabei ein von ihm nach § 278 BGB. zu vertretendes Verschulden eines anderen gleich (§ 351 BGB.). Das zu sagen, war trotz § 278 BGB. nicht überflüssig, weil in jener allgemeinen Vorschrift nur gesagt ist, daß man für die Versehen seiner Gehilfen dann haftet, wenn es sich um Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten handelt. Davon ist hier ja keine Rede. Es ist hier nur gesagt, durch welche Umstände das Recht auf Wandelung ausgeschlossen wird. Zu einer wesentlichen Verschlechterung genügt nicht eine erhebliche Minderung der Verkäuflichkeit, z. B. das Mißtrauen, welches einem bei der Probefahrt verunglückten, aber tadellos ausgebesserten Automobil entgegengebracht wird, sondern es muß eine wesentliche Verschlechterung der Sache selbst eingetreten sein (RG. 64, 374). Ferner ist die Wandelung dann ausgeschlossen, wenn der Käufer die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat, es sei denn, daß der Mangel sich erst bei, d. h. infolge der Umgestaltung gezeigt hat (§§ 467, 352 BGB.). Selbstverständlich liegen diese Fälle dann nicht vor, wenn der Käufer die Ware zum Zwecke der Probe gebrauchen oder gar zum Teil verbrauchen mußte (ROHG. 10, 437).

Anm. 66. Durch die Veräußerung der Sache wird dem Käufer sein Recht auf Wandelung nicht entzogen. Erfolgt die Veräußerung nach Vollziehung der Wandelung, so macht sich der Käufer lediglich schadensersatzpflichtig (§§ 347, 467 BGB.; RG. 59, 97), und haftet er im Falle des Verzugs auch für Zufall (§ 287 BGB.). Veräußert der Käufer vor Vollziehung der Wandelung, so geht ihm das Wandelungsrecht nur verloren, wenn er sich durch die Veräußerung — mag sie auch eine zwangsweise gewesen sein — in die objektive Unmöglichkeit der Rückgewähr versetzt hat und ihn außerdem ein Verschulden an dieser Lage trifft (§§ 351, 353 Abs. 2, 354, 467 BGB.; RG. 54, 223; 56, 258 und 267; 59, 99). Er kann sich aber nicht damit entschuldigen, daß sein Abkäufer eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die sonstige Herausgabeunmöglichkeit verschuldet oder die Sache umgestaltet habe; er muß dessen Verschulden wie eigenes Verschulden vertreten (§§ 353, 467 BGB.; JW. 04, 140). Der Rückgabepflicht muß im Augenblick der Willenseinigung, daß gewandelt werden soll, genügt werden (RG. 59, 97). Bis dahin ist die Unmöglichkeit der Rückgewähr erst eine subjektive (RG. 50, 190; JW. 05, 236[23]); es wäre denn, daß die Sache in die Hände des ursprünglichen Verkäufers gekommen ist, der seinem Gegner die Möglichkeit der Wandelung durch Rückgabe der Sache nicht verschaffen wird (RG. 54, 224; JW. 03 Beil. 69[159] und SeuffA. 59, 179; a. M. Oertmann DJZ. 05, 520). Besondere Umstände können diesen allerdings zur Rückgabe verpflichten. Die objektive Unmöglichkeit der Rückgewähr stellt der Verkäufer durch Fristsetzung unter der Androhung fest, daß nach Fristablauf die Rücknahme abgelehnt werde (§ 354 BGB.). Dieses Verfahrens bedarf es nicht, wenn der Wandelungsberechtigte erklärt hat, daß er seiner Rückgabepflicht nicht nachkommen könne oder nicht nachkommen wolle (RG. 50, 189). Steht

Digitized by Google

so die Unmöglichkeit der Rückgewähr fest, so hat der Wandlungsberechtigte zu beweisen, daß ihn kein oder den Gegner das überwiegende Verschulden an dieser Unmöglichkeit trifft (JW. 04, 140 [6] Ziff. 1). Die Fristsetzung und Androhung nach § 354 BGB. macht dieses Erfordernis eines Verschuldens nicht entbehrlich. Ein Verschulden des Käufers ist nicht schon darin enthalten, daß er seinen Abkäufer nicht zur Rückveräußerung verpflichtete (RG. 54, 225; 56, 261), sondern es kommt auf den einzelnen Fall an. So wird dem Käufer kein überwiegendes Verschulden vorzuwerfen sein, wenn sein Verkäufer in dem Rechtsstreit, in dem es sich um die Wandelung handelte, auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils Vollstreckung in die Kaufsache erwirkte, und er sich dagegen nicht der Hilfsmittel der §§ 707, 713 Abs. 2, 719, 732, 766, 769 ZPO. bediente. Auch dann liegt kein Verschulden vor, wenn der Käufer wegen fehlenden Vermögens die Vollstreckung nicht durch Sicherheitsleistung abwendete, oder wenn die Zwangsversteigerung auch nur in mittelbarem ursächlichen Zusammenhang mit den Mängeln der verkauften Sache stand (JW. 97, 256 [99]), z. B. wenn das gekaufte Geschäft wegen der Wandelungsmängel nicht mehr zu halten war. Befindet sich der Verkäufer in Rücknahmeverzug, so kann ihm der Käufer nicht entgegenhalten, es wäre bei rechtzeitiger Rücknahme nicht zum Weiterverkauf gekommen. Denn Gläubigerverzug befreit den Schuldner nicht von der Vertretung von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit (§ 300 BGB.). Es kommt eben darauf an, welche Umstände zum Verkauf geführt haben, und ob sie zum Verschulden oder zum überwiegenden Verschulden nach § 254 BGB. anzurechnen sind (RG. 56, 269). Hat z. B. der Käufer das erkaufte Geschäft heruntergewirtschaftet und ist dadurch die Zwangsvollstreckung herbeigeführt, so trifft ihn der Vorwurf überwiegenden Verschuldens gegenüber dem Rücknahmeverzug des Verkäufers (JW. 04, 55 [9]). § 377.

Dadurch, daß die Wandelung nach vorstehenden Grundsätzen ausgeschlossen ist, sind weder etwaige Schadensersatzansprüche wegen arglistigen Verschweigens nach §§ 463, 480 Abs. 2 BGB. (RG. 50, 190; JW. 04, 140 [6] Ziff. 2a), noch auch Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (RG. 59, 93), noch auch Schadensersatzansprüche aus unrechter Tat oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (JW. 04, 140 [6] Ziff. 2b) ausgeschlossen.

Der Verlust des Wandelungsanspruchs tritt ferner ein, wenn der Käufer mit der Sache in einer Weise verfährt, die auf den Willen des Behaltens schließen läßt. So regelmäßig, wenn er die Sachen in Kenntnis des Mangels veräußert (RG. 17, 65; 43, 68). Die Veräußerung allein führt den Verlust allerdings noch nicht herbei. Das ergibt sich aus § 353 BGB., der in § 467 BGB. angezogen ist (hierüber oben Anm. 66). Es muß vielmehr zu der Veräußerung noch ein Umstand hinzutreten, der zu dem zwingenden Schluß führt, daß der Käufer nach den Grundsätzen von Treu und Glauben die Ware als vertragsmäßige Erfüllung annehmen will. Dieser Schluß ist z. B. gerechtfertigt, wenn der Käufer die Ware mit Kenntnis des Mangels veräußert (denn schon die Annahme der Ware mit dieser Kenntnis schließt das Wandelungsrecht aus, § 464 BGB.), oder wenn der Käufer den Weiterverkauf der zur Verfügung gestellten Ware auf eigene Rechnung unter Verheimlichung dieser Tatsache vor dem Verkäufer bewirkt (RG. 54, 80). Dieser Verlust ist nicht auf ein Verschulden des Käufers, sondern auf einen kundgegebenen Verzichtswillen zurückzuführen. Ein solcher Verzichtswillen liegt nicht vor, wenn der Käufer die Kupons der zur Verfügung gestellten Wertpapiere einzieht; er muß dann den Nennwert zurückerstatten. An einem Verzichtswillen fehlt es natürlich, wenn der Käufer den Mangel nicht kannte, und der Mangel nur infolge einer Untersuchung zu entdecken gewesen wäre, wie sie dem Käufer nicht zugemutet werden kann (JW. 01, 519 [10]). Eine andere Frage ist es, ob der Käufer durch Veräußerung der Kaufsache jedes Rechts aus dem Mangel verlustig geht; hierüber unten Anm. 83. Anm. 67.

Ebenso wird die Wandelung ausgeschlossen, wenn der Käufer die Ware fortgesetzt gebraucht, sollte sie dadurch auch nicht verschlechtert worden sein (Bolze 3 Nr. 722). Jedoch dann nicht, wenn der Käufer die Zustimmung des Verkäufers zum Gebrauch unterstellen durfte, oder wenn der Verkäufer durch Zusicherung von Abänderungen Anm. 68.

Digitized by Google

§ 377. die Rückgabe der Sache hinausgezogen hat, oder wenn die Benutzung im wohlverstandenen Interesse des Verkäufers lag (RG. 22, 78; JW. 95, 146[9]; 04, 290[11]) oder durch die Verhältnisse geboten war (JW. 95, 527[84]). Doch darf durch diesen Gebrauch die Ware nicht wesentlich verschlechtert werden (ROHG. 12, 142; RG. 39, 170; Bolze 6 Nr. 561: 8 Nr. 466). In allen diesen Fällen beruht der Verlust des Wandelungsrechts nicht auf einem Verschulden des Käufers (wie oben Anm. 66), sondern auf einem Verzicht, wie er sich aus dem nach Treu und Glauben zu beurteilenden Verhalten des Käufers ergibt (RG. 39, 170; SeuffA. 42 Nr. 132; 48 Nr. 16). Von Bedeutung ist es daher, ob sich aus Dauer und Art des Gebrauchs (verbrauchsartige Benutzung) ein Rückschluß auf ein Behaltenwollen notwendigerweise ergibt. Darauf, daß sich der Käufer dann gegen die Annahme eines Verzichts, selbst in Form der Erhebung einer Wandelungsklage verwahrt, kommt es nicht an, wenn die gedachten Tatsachen schlüssig sind (RG. bei Holdheim 14, 220). Eine andere Frage ist es, ob der Käufer durch den Gebrauch der Kaufsache jedes Rechts aus den Mangel verlustig geht; hierüber unten Anm. 83.

Ein Verschulden im Gebrauch oder Verbrauch führt allerdings auch den Verlust des Wandelungsrechts herbei; jedoch nach § 462 BGB. nur dann, wenn durch Verschulden des Käufers vor Vollziehung der Wandelung eine wesentliche Verschlechterung oder der Untergang der Kaufsache herbeigeführt worden ist (§ 451 BGB.; RG. 59, 97). Hat der Käufer vor Vollziehung der Wandelung die Kaufsache durch sein Verschulden nur unwesentlich verschlechtert oder nach Vollziehung der Wandelung eine wesentliche Verschlechterung oder den Untergang verschuldet, so macht sich der Käufer nur ersatzpflichtig (§§ 347, 362 BGB.: RG. 59, 98; OLG. Colmar im Recht 04, 45[162]; wegen des Viehkaufs vgl. § 487 BGB.).

Anm. 69. In allen diesen Fällen, in denen die Wandelung durch das Verhalten des Käufers ausgeschlossen wird (oben Anm. 67—68), ist zu berücksichtigen, daß der Wandelungsanspruch nur dann bezüglich des ganzen Kaufs wegfällt, wenn es sich um einen unteilbaren Kaufgegenstand oder um ein nach dem Willen der Vertragschließenden unteilbares Ganzes handelt. Betrifft das den Annahmewillen bekundende Verhalten des Käufers nur einen Teil einer an sich teilbaren Leistung, so kommt es darauf an, ob in dem Verhalten des Käufers sein auf Behalten aller Teile gerichteter Wille zutage getreten ist (RG. 43, 69: SeuffA. 42, 190; vgl. auch oben Anm. 55 am Schlusse). Ist der Teil verhältnismäßig unbedeutend, so wird der Annahmewille regelmäßig auf diesen Teil zu beschränken sein.

Anm. 70. Der Käufer der in Kenntnis des Mangels die Minderung wählt, geht des Wandelungsrechts noch nicht verlustig (a. M. 6./7. Aufl.). Die getroffene Wahl kann er außerhalb des Prozesses ändern, solange der Gegner nicht sein Einverständnis mit der Minderung erklärt hat. Es besteht kein Grund, das Wahlrecht hier anders zu behandeln als im umgekehrten Falle (unten Anm. 82 u. 110). Im Prozeß enthält dieser Übergang eine Klageänderung, weil Preisminderung Aufrechterhaltung, Wandelung aber die Rückgängigmachung des Kaufs bedeutet (JW. 05, 208[15]; 07, 46[5]). Nur dann liegt keine Klageänderung vor, wenn wegen später eingetretener Umstände die Änderung erforderlich war (§ 268 Ziff. 2 CPO.). Hat der Käufer sein Wandelungsrecht so verloren, so kann er Wandelung nur noch wählen (§ 475 BGB.), soweit er überhaupt berechtigt ist, nachträglich einen von vornherein nicht gerügten Mangel geltend zu machen (vgl. auch unten Anm. 110).

Anm. 71. *ββ*) Die einzelnen Bestandteile des Wandelungsanspruchs. Beide Teile können, wenn die Wandelung vollzogen ist, Rückgewähr des Geleisteten verlangen (§ 346 BGB.). Die beiderseitige Rückgewähr findet an dem Orte statt, an dem sich die Sache vertragsmäßig zur Zeit der Vollziehung der Wandelung befindet, also nicht am Orte der Lieferung (JW. 03 Beil. 95[216]). Der Käufer hat insbesondere die Kaufsache zurückzugeben und, soweit ihm das nicht möglich ist, das, was er dafür erlangt hat; er muß also etwaige Ersatzansprüche abtreten (§ 281 BGB.). Will der Käufer wandeln, ohne die an ihn verkaufte Sache zurückzugeben, so hat er die seine Befreiung begründenden Tatsachen zu beweisen (RG. 56, 261). Er muß also, wenn ein Rücknahmeverzug des Verkäufers nicht vorliegt, be-

Digitized by Google

weisen, daß er an der Unmöglichkeit überhaupt keine Schuld trägt. Ist die Unmöglichkeit nach Beginn des Rücknahmeverzugs des Verkäufers eingetreten, so hat er zu beweisen, daß die Unmöglichkeit von ihm weder vorsätzlich noch grob fahrlässig veranlaßt worden ist (RG. 56, 270; vgl. oben Anm. 66). Ist die Rückgewähr teilweise unmöglich, so kommt es darauf an, ob die beanstandete Ware als ein einheitliches Ganzes anzusehen ist (RG. in SeuffA. 42, 190). Hat der Käufer vor Vollziehung der Wandelung eine unwesentliche Verschlechterung oder nach der Vollziehung eine Verschlechterung der Sache überhaupt oder den Untergang der Sache oder die anderweite Unmöglichkeit der Rückgewähr verschuldet, so hat er dem Verkäufer den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§§ 467; 347 Satz 1, 989 BGB.). Das Recht auf den Kaufpreis ist mit der Wandelung untergegangen; ebenso das Recht der Preisminderung. Der Kaufpreis ist daher das Mindeste, was der Käufer als Schadensersatz zu zahlen hat, wenn er nach §§ 467, 347 BGB. schadensersatzpflichtig wird (OLG. Marienwerder SeuffA. 58, 435). Darüber, wie es sich beim Verzug mit der Rückgewähr verhält, siehe unten Anm. 109. Der Käufer hat dem Verkäufer ferner die gezogenen oder schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen und Vorteile zu ersetzen (§§ 467, 347 Satz 2, 987; 100 BGB.). Der Verkäufer hat die Verpflichtung, die Sache zurückzunehmen und den Käufer von allen Verbindlichkeiten zu befreien, die dieser einem Dritten gegenüber auf Grund des Kaufvertrags übernommen hatte (Böhm im Recht 01, 308; vgl. RG. 14, 111; 58, 356; 59, 212). Der Käufer kann, wie der Verkäufer auf Abnahme, seinerseits auf Wiederabnahme klagen; es muß dies wenigstens aus §§ 433, 346, 347 BGB. entnommen werden. Denn, da die Abnahme nach § 433 BGB. eine Leistung ist, so ist die Wiederabnahme als Rückgewähr dieser Leistung im Sinne des § 346 BGB. zu betrachten. Der Verkäufer hat ferner den Kaufpreis mit Zinsen zurückzuzahlen und zwar, da es sich hier um einen Handelskauf unter Kaufleuten handelt, mit 5% (§§ 346 Satz 1, 347 Satz 3 BGB., § 352 HGB.). Für unsachgemäßen Gebrauch und außerordentliche Abnutzung der Kaufsache muß sich der Käufer am Kaufpreis einen Abzug gefallen lassen. Für die mit ordnungsmäßigem Gebrauch verbundene Abnutzung ist kein Ersatz zu leisten (§§ 347, 989 BGB.), und zwar auch nicht in Form eines durch den Gebrauch bewirkten Minderwerts der zurückzugebenden Sache. Ist der Kaufpreis nicht in Geld, sondern in Wertpapieren entrichtet worden, so darf im Zweifel unterstellt werden, daß nur deren Wert zur Zeit der Hingabe an Zahlungsstatt, also der Kurswert, nicht der Nennwert zu erstatten ist (JW. 05, 137[14]). § 377.

So ergibt sich eine Art gegenseitiger Abrechnung, die unter Austausch von Kaufsache und Kaufpreis zur Herausgabe der vom Käufer aus dem Kaufpreis verbliebenen Reineinnahme führt (RG. 44, 252). Was insbesondere die Aufwendungen des Käufers angeht, so kann er nach §§ 467, 347 Satz 2, 994 BGB. Ersatz verlangen, soweit sie den Interessen und dem mutmaßlichen Willen des Verkäufers entsprochen haben oder notwendige waren. Nach dem letzteren Gesichtspunkt bestimmt sich der Anspruch auf Vergütung für Verwaltungshandlungen ausschließlich (RG. in SeuffA. 61, 49). Zu den ersatzmäßigen Aufwendungen gehören insbesondere die Transportkosten (RG. 6, 189), und zwar die Kosten des Hin- und Hertransports mindestens dann, wenn die Ware an den vertragsmäßigen Bestimmungsort gesendet worden war (Köln OLGR. 4, 39), die Aufbewahrungskosten sowie die Prozeßkosten, die zur Abwendung der Entwehrung nötig waren, so z. B. wenn der Käufer die Ware anderweit veräußert hatte, von dieser Seite die Mangelhaftigkeit behauptet und nun nach der Sachlage das Ausfechten dieses Streites im Rechtsweg nicht nur sachgemäß sondern notwendig war (ROHG. 10, 170; 14, 232; RG. 51, 362; OLG. Hamm SeuffA. 62, 138). Aus dem Beitritt des Verkäufers als Nebenintervenient in einem solchen Rechtsstreit läßt sich allein noch nichts schließen (RG. 52, 348); wohl aber muß der Käufer dem Verkäufer den Streit verkünden (RG. 54, 356). Sind diese Prozeßkosten ersatzmäßig, so haben sie den Charakter von Nebenforderungen nach § 4 CPO. (RG. 55, 82). Das Lagergeld muß der Verkäufer auch dann zahlen, wenn der Käufer in seinen eigenen Räumen lagern läßt. Denn es ist hier ja vorausgesetzt, daß der Käufer Kaufmann ist (ROHG. 7, 356;

Digitized by Google

§ 377. RG. 1, 285; Bolze 5 Nr. 663; 9 Nr. 231). Die Berechnung des Lagergeldes geschieht nach den ortsüblichen Sätzen, gleichviel, ob der Käufer Spediteur ist oder nicht (Bolze 9 Nr. 231) und ohne Rücksicht, ob der Käufer Eigentümer der zur Verfügung gestellten Ware geworden ist oder nicht. Denn es ist nicht die Eigentumsfrage noch auch der Gesichtspunkt der Dienstleistung (wie die 6./7. Aufl. in Übereinstimmung mit RG. 13, 396 u. Bolze 11 Nr. 403 angenommen hatte) entscheidend. Die Ansprüche auf Ersatz von Fracht- und Lagerkosten, von Stapelgebühren (JW. 06, 202[21]), Wagenmiete, Speditionskosten und Zollauslagen (RG. bei Holdheim 15, 167) sind nicht selbständiger Art. Sie sind Verwendungskosten (Schäden im Sinne des § 4 Abs. 1 CPO.), also Nebenforderungen, die mit dem Hauptanspruch stehen und fallen. Ihre rechtliche Grundlage haben sie in den §§ 467, 347 Satz 2, 994 BGB. (RG. 42, 388; 55, 112; 57, 15; JW. 97, 2[3]; 99, 28[3]). Von demselben Gesichtspunkte aus sind Futterkosten ersatzmäßig (§ 488 BGB.; RG. 52, 166); diesem Anspruch gegenüber hat der Verkäufer den von ihm zu beweisenden Einwand, daß der Käufer die Tiere entsprechend benutzt habe (§ 994 BGB.; Bolze 2 Nr. 993). Dieselben Nebenforderungen erhalten jedoch einen anderen rechtlichen Charakter, wenn sie nicht als von der Wandelung abhängige notwendige Verwendungen, sondern als selbständige Forderungen, z. B. vom Gesichtspunkt schuldhafter Vertragserfüllung aus, begehrt werden (RG. 52, 19).

Der Käufer kann endlich Ersatz der **Vertragskosten** verlangen (§ 467 Abs. 2 BGB.). Zu diesen auf den Kauf aufgewendeten Kosten gehören auch Stempel- und Umsatzsteuer (RG. 44, 250), sowie Maklergebühren und Vertretungskosten (Kiel OLGR. 10, 176).

Anm. 72. Wegen ihrer Ansprüche haben die Parteien das **Zurückbehaltungsrecht** gemäß § 369 HGB. (§ 369 Anm. 23).

Anm. 73. **Schadensersatz für mangelhafte Erfüllung** kann auf Grund des Wandelungsanspruchs nicht verlangt werden; also kann insbesondere nicht Ersatz der Nachteile begehrt werden, die der Käufer wegen Mangelhaftigkeit der Sache in seinen vertraglichen Verhältnissen zu Dritten erlitten hat (RG. 39, 174). Der Käufer ist hier auf Schadensersatz wegen schuldhafter Erfüllung beschränkt; hierüber unten Anm. 100 ff. Wohl aber kann der Käufer die Kosten der Untersuchung und Mängelfeststellung anfordern. Diese Kosten sind Aufwendungen der rückgängig gemachten Abnahme und nicht anders zu behandeln als alle übrigen Aufwendungen und Transportkosten (vgl. § 448 BGB.; a. M. 6./7. Aufl.).

Anm. 74. γγ) **Die aus der Wandelung sich ergebenden Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen** (§ 348 BGB.). Das Nähere über Zug um Zug zu erfüllende Verpflichtungen (Klage, Urteilstenor, Zwangsvollstreckung) s. Exk. vor § 373 Anm. 76 ff. Steht es fest, daß der Wandelungskläger die Sache zurückzugeben bereit ist, so kann es nicht als Fehler angesehen werden, wenn der Gegner unbedingt, und nicht Zug um Zug, verurteilt ist.

Anm. 75. δδ) **Der Gerichtsstand für die Klagen aus der Wandelung.** Es ist hier natürlich nur der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes zu behandeln, und wird dabei davon ausgegangen, daß nicht auf Abschluß eines Wandelungsvertrags zu klagen ist (oben Anm. 59 ff.). Da die Wandelungsklage einen bestehenden Vertrag voraussetzt, so ist eine Anfechtungsklage wegen Betrugs oder Irrtums damit unvereinbar; in Eventualform, unter Voranstellung der Anfechtung, ist eine Vereinigung möglich, wenn derselbe Gerichtsstand gegeben ist (vgl. RG. 49, 423; 59, 93 unten Anm. 163). Klagt der Käufer, der den Kaufpreis **noch nicht gezahlt** hat, auf Rückgängigmachung des Vertrags, so ist seine Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen, die streitige Verpflichtung. Von dieser will er befreit sein. Diese Verpflichtung ist an seinem Wohnsitze zu erfüllen (§§ 269, 270 Abs. 4 BGB.). Dort ist der Gerichtsstand (§ 29 CPO.). Befindet sich der Wohnsitz des Käufers im Inland, so kommt inländisches Recht zur Anwendung, weil die Klage sich auf die vertragsmäßig im Inland zu erfüllende Verpflichtung des Käufers bezieht (ROHG. 15, 212; RG. 55, 106; Exk. zu § 372 Anm. 9). Das ändert sich nicht dadurch, daß der Käufer auch auf Rücknahme oder nur auf Rücknahme der Sache oder auch auf Ersatz der Verwendungen (sie sind Nebenverpflichtungen) klagt. Nach §§ 467, 346 BGB. ist der Käufer verpflichtet, die Sachen zurückzugewähren, und zwar

Digitized by Google

nach § 269 BGB. an seinem Wohnsitz. Dort muß sie der Verkäufer also zurücknehmen (RG. 57, 13; a. M. Amts- und LandG. Berlin I KGBl. 01, 78). Denn streitige Verpflichtung ist nicht die Verpflichtung zur Lieferung der Ware, sondern die Verpflichtung zur Zurücknahme der gelieferten Ware (RG. 27, 398; 55, 112), die sich zur Zeit der Klageerhebung am Wohnort des Käufers befindet. Für die miteingeklagten Nebenverpflichtungen (Fracht, Lagerkosten usw.) ist der Gerichtsstand der Hauptverpflichtung maßgebend. Klagt der Käufer auf Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises, so ist dies die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 ZPO. (RG. 27, 398; 31, 383; 57; 13), so daß danach scheinbar der Wohnort des Verkäufers den Gerichtsstand bestimmen würde. Da aber die Verpflichtungen aus der Wandelung Zug um Zug zu erfüllen sind (oben Anm. 74), der Verkäufer also nur gegen Rückempfang der Sachen zurückzuzahlen hat, der Käufer dem Verkäufer aber die Sachen nicht zurückzuschicken braucht, die Auswechslung der Sachen gegen den Kaufpreis vielmehr am Wohnsitz des Käufers, d. h. dort stattfinden muß, wo sich die Sachen infolge des Kaufvertrags befinden, so ist an diesem Orte zu erfüllen. Demgemäß ist hier der Gerichtsstand für den gedachten Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises (RG. 50, 272 u. 105; 57, 12 u. bei Gruch. 34, 1143; 37, 1208; Köln OLGR. 2, 397; Breslau u. Stuttgart OLGR. 6, 380 u. 381; KG. in OLGR. 4, 25). Dort ist auch der Erfüllungsort und Gerichtsstand für die mit dem Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises geltend gemachten Nebenforderungen, wie Rücknahme der Ware und Ersatz von Verwendungen (Fracht, Versicherungs- und Lagerkosten). Denn der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises stellt die Hauptverpflichtung dar (RG. 15, 435; 53, 161; 55, 108 u. 112; JW. 03 Beil. 95), und es hat der Gesetzgeber nach dem Wortlaut des § 29 ZPO. „wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist" nur eine und zwar die Hauptverpflichtung im Auge gehabt (RG. 55, 112; 57, 15). Für die mit einer Klage geltend gemachten Verpflichtungen des Käufers oder des Verkäufers kann es aber nur einen einheitlichen Gerichtsstand des Erfüllungsortes geben. Dies ist hier natürlich nur dahin zu verstehen, daß Kaufpreis und Ware dort auszuwechseln sind, wo sich die Ware infolge des Kaufvertrags befindet. Infolge des Kaufvertrags befindet sich die Ware dort, wo sie sich infolge der durch den Verkäufer erfolgten Ausführung des Vertrags zur Zeit der Klageanstellung befindet. Aber auch der Ort ist es, welcher als der aus den Kaufverhandlungen ersichtliche regelmäßige Bestimmungsort der Ware zu betrachten ist. Hat z. B. eine Firma in Breslau von einer Firma in Posen in Posen abzunehmende Ware gekauft, so ist gleichwohl Breslau als der regelmäßige Bestimmungsort der Ware anzusehen, weil ein Handlungshaus regelmäßig Ware kauft, um sie nach seiner Niederlassung zu schaffen und von dort aus weiter zu verkaufen (RG. 50, 272; 55, 113 u. bei Gruch. 37, 1208; JW. 98, 349[8]; 00, 151[5]). Hat aber die Breslauer Firma die lieferbar ab Station X gekaufte Ware vom Verkäufer vertragsmäßig nach Posen schicken lassen (vertragsmäßig d. h. es muß Nebenabrede sein; der Verkäufer kann sich nicht durch beliebige Versendung einen beliebigen Erfüllungsort verschaffen) und dort zur Verfügung gestellt und eingelagert, so ist nach §§ 467, 346, 348 BGB. Posen der gemeinsame Erfüllungsort. In Posen hat die Auswechslung der Ware gegen den Kaufpreis zu geschehen, nicht aber an Station X, dem Erfüllungsort des Verkäufers; denn es hätte keinen Sinn, dem Käufer die Rückschaffung der Ware auf seine Kosten nach Station X zuzumuten. Diese Grundsätze ändern sich nicht, wenn etwa außer dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises auch noch Schadensersatzansprüche geltend gemacht sind. Letztere sind dann nur Nebenverpflichtungen, obgleich man, wenn Schadensersatz wegen schuldhafter Vertragserfüllung neben der Wandelung geltend gemacht wird (unten Anm. 104) eigentlich von einer Nebenforderung nicht reden kann; denn dieser Anspruch hat selbständige Voraussetzungen. Trotzdem ist dieselbe Gerichtszuständigkeit begründet, weil dieser Anspruch sich gleich der Wandelung auf die mangelhafte Erfüllung desselben Vertrags zurückführen läßt. Insofern ist der Schadensanspruch doch sekundärer Natur (vgl. RG. 52, 57). Anders liegt der Fall, wenn als

§ 377.

Digitized by Google

§ 377. Folge der Wandelung (materiell unvereinbar) zugleich Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 463, 480 BGB. begehrt wird; prozessual hat man sich hier damit zu begnügen, daß der Schadensanspruch als Nebenverpflichtung geltend gemacht werden will. Die Zuständigkeit ist dort begründet, wo die Wandelungsklage zu erheben war; dort ist der Schadensanspruch als materiell unbegründet zurückzuweisen (oben Anm. 73; RG. II 409/05 Urt. v. 20. 4. 06). Wird mit der Wandelung zugleich Rückzahlung des teilweise bezahlten Kaufpreises und Schadensersatz und außerdem Feststellung der Nichtschuld bezüglich des Kaufpreisrestes und Rücknahme der beim Käufer befindlichen Ware begehrt, so ist Erfüllungsort für alle diese Verpflichtungen der Wohnort des Verkäufers. Streitige Verbindlichkeit ist die ursprüngliche vertragliche Verbindlichkeit des Verkäufers zur gehörigen Erfüllung des ganzen Vertrags. Alles übrige sind nur verschiedene Folgen derselben mangelhaften Vertragserfüllung; zu erfüllen hat der Verkäufer aber an seinem Wohnort (§ 269 BGB.); dort ist auch sein Gerichtsstand nach § 29 ZPO. (RG. 52, 54). Klagt der Käufer, nachdem er die Sache bereits zurückgegeben hat, oder nachdem die Sache untergegangen ist, auf Rückzahlung des Preises, so liegt der aus den Grundsätzen über den Auswechslungsort hergeleitete Grund für den besonderen Gerichtsstand dieses Ortes nicht vor, und es ist dieser Gerichtsstand nicht begründet. Das RG. (JW. 00, 553[6] und Düringer-Hachenburg 3, 148 Ziff. 9) nimmt aber an, infolge der mangelhaften Erfüllung sei die Pflicht zur Rückzahlung des Preises zur Bringschuld geworden, und befinde sich auch in diesem Falle der Gerichtsstand da, wo sich die Ware vertragsmäßig befand. Allein es würde dies dazu führen, auch im Falle des Verzugs eine Änderung des Erfüllungsortes anzunehmen. Der Verzug ändert jedoch den Erfüllungsort nicht (Exk. zu § 372 Anm. 27). Dagegen kommen die oben dargestellten Grundsätze zur Anwendung, wenn der Käufer die Ware für Rechnung des Verkäufers niedergelegt hat. Am Ort gehöriger Niederlegung befindet sich der Gerichtsstand. Der Streitwert wird nicht durch die zusammengerechneten Werte der beiderseits zurückzugewährenden Leistungen, sondern nach dem Wert der zurückgeforderten Leistung bestimmt (JW. 95, 222[1] vgl. RG. 46, 422).

Anm. 76. b) **Das Recht auf Minderung**, die frühere actio und exceptio quanti minoris.

α) Auch dieses Recht setzt hier beim Handelskauf voraus, daß der Mangel rechtzeitig und gehörig gemäß § 377 gerügt worden ist (außer im Falle arglistigen Verschweigens, unten Anm. 154), und daß ferner ein Mangel in gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften oder in zugesicherten Eigenschaften zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden ist (oben Anm. 3). Da der Wert der Kaufsache regelmäßig keine Eigenschaft ist (oben Anm. 42), liegt ein Sachmangel nicht vor und findet kein Minderungsanspruch statt, wenn die vertragsmäßig gelieferte Ware gegenüber dem vereinbarten Preis bedeutend weniger wert ist. Hier kann nur die Wuchereinrede helfen, wenn deren Voraussetzung zutrifft (Exk. zu § 346 Anm. 17).

Anm. 77. β) Inhalt und Geltendmachung des Anspruchs auf Minderung. Auch hier wird von den meisten Schriftstellern angenommen, daß der Inhalt des Anspruchs der sei, daß der Käufer vom Verkäufer die Annahme seiner auf Minderung des Preises gerichteten Offerte verlangen könne. Jene Ansicht ist oben Anm. 60ff. widerlegt. Der Anspruch auf Minderung ist ein Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises, der durch ein an den Verkäufer gerichtetes Verlangen, und wenn dieses nicht bewilligt wird, durch Klage oder Einrede geltend gemacht wird. „Vollzogen" wird die Minderung dadurch, daß der Verkäufer sich mit ihr einverstanden erklärt, oder dadurch, daß auf die Klage oder Einrede der Richter sie rechtskräftig festsetzt. Ob der Käufer, so lange bis die Minderung vollzogen ist, statt der Minderung noch die Wandelung wählen kann, darüber siehe oben Anm. 70. Entgangener Gewinn kann neben der Preisminderung nicht verlangt werden (RG. 41, 163).

Anm. 78. Die Vollziehung der Minderung durch Einigung der Parteien setzt voraus, daß die Parteien über einen bestimmten Minderpreis einig werden. Die allgemeine Erklärung, man verlange Herabsetzung des Kaufpreises, und das allgemeine Einverständnis mit einer

Digitized by Google

solchen Erklärung enthält keine Vollziehung der Minderung, falls nicht etwa erhellt, daß die Parteien gemeint haben, die Minderung solle in der nach § 472 BGB. vorgesehenen Weise nach objektiven Grundsätzen durch Sachverständige, oder durch den Richter geschehen. Erhellt dies, so liegt allerdings ein vollzogenes Minderungsabkommen vor (Schröder 39 hält eine bestimmte Vereinbarung über die Art der Preisherabsetzung nicht für erforderlich). § 377.

Klagt der Käufer auf Minderung um 1/3 des Kaufpreises, so kann der Richter, wenn er findet, daß nur Minderung um 1/4 gerechtfertigt ist, selbstverständlich die Herabsetzung um 1/4 aussprechen und im übrigen den Antrag des Klägers abweisen. Vom Standpunkt der Vertragstheorie aus, nach der der Käufer auf Erklärung des Einverständnisses mit der von ihm verlangten Minderung zu klagen hat, muß der Richter die Klage schon dann abweisen, wenn er die vom Käufer verlangte Minderung der Höhe nach für unbegründet hält (zust. Eccius bei Gruch. 43, 333), und um dieses mißliche Ergebnis zu beseitigen, wollen Goldmann und Lilienthal den Minderungsanspruch des Käufers, auch wenn er auf eine bestimmte Summe gerichtet ist, gleichwohl dahin auslegen, daß der Kaufpreis auf den Betrag herabgesetzt werden soll, den der Richter für angemessen hält. Die Auslegung ist mehr als gewagt, ja sie ist mit der im Antrage enthaltenen bestimmten Ziffer unvereinbar. Der Betrag der Preisminderung darf überhaupt nicht, wie bei der Schadensermittlung, durch Schätzung nach § 287 ZPO. festgestellt werden, denn die Herabsetzung des Kaufpreises geht nach einem gesetzlich genau festgelegten Maßstabe vor sich, wobei allerdings der Richter nach freier Überzeugung gemäß § 286 ZPO. zu befinden hat (JW. 98, 32[15]; 00, 838[1]). Anm. 79.

γ) Die Art, wie der Kaufpreis herabzusetzen ist, ist in den §§ 472, 473 BGB. deutlich angegeben. Diese lauten: Anm. 80.

§ 472 BGB. Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Werth der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werthe gestanden haben würde.

Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesammtpreis die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesammtwerth aller Sachen zu Grunde zu legen.

§ 473 BGB. Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werthe zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer zu vergüten.

Diese Herabsetzung des Kaufpreises findet ohne Rücksicht auf den wahren gemeinen Wert der Kaufsache, also auch dann statt, wenn der objektive Wert der fehlerhaften Sache den Kaufpreis noch übersteigt (vgl. RG. 62, 386 oben). Die Anwendung des § 287 ZPO. ist ausgeschlossen. Es kann der Verkäufer auch nicht dem Preisminderungsbegehren entgegenhalten, daß er die Sache auch bei Kenntnis des Mangels nicht billiger verkauft hätte (JW. 98, 518[58]). Ist die Ware völlig wertlos, so kann mit der Preisminderung der volle Preis zurückgefordert werden (RG. bei Holdheim 12, 164). Bei Gleichheit des Werts der fehlerfreien Sache mit dem Kaufpreis kann sich der Minderwert auf den Betrag der nötigen Ausbesserungskosten beschränken (JW. 06, 548[16]). Handelt es sich um eine Ertragszusicherung bei einem Geschäftsverkauf (oben Anm. 5 u. 42), so wird der Wert des Geschäfts in mangelfreiem Zustand durch Kapitalisierung des zur Zeit des Kaufs zugesicherten Ertrags und der wirkliche Wert des Geschäfts durch Kapitalisierung der tatsächlichen Erträgnisse gefunden. Nach diesem Verhältnis ist die Herabsetzung des Kaufpreises vorzunehmen, ohne Rücksicht darauf, daß die Verhältnisse innerhalb des Kapitalisierungszeitraums nicht vorauszusehen sind (vgl. JW. 03 Beil. 113[249]; OLG. Dresden SächsA. 15, 533). Sind mehrere Sachen (z. B. ein Gasthofsinventar) nicht zu einem Gesamtpreise verkauft, so daß der Wert der einzelnen Sache auch den Wert der andern mitverkauften Sachen beeinflußt, so ist Abs. 2 des § 472 entsprechend anzuwenden (Dernburg II 2 § 187 IV; Planck § 472 Anm. 2). Ist der Kaufpreis teils bar zu zahlen, teils gestundet, so ist die Minderung am bar gezahlten und am gestundeten Teil nach dem

Digitized by Google

§ 377. Verhältnis der Höhe des angezahlten zum gestundeten Teil vorzunehmen (Fraenkel DJZ. 05, 405). Für die Annahme, daß die Minderung zunächst an dem ausstehenden Teil des Kaufpreises vorzunehmen sei (vgl. Lindemann DJZ. 07, 421; Hagemann im Recht 07, 631), fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (Kiese JW. 07, 354).

Anm. 81. δ) Der Umstand, daß der Käufer die Sache inzwischen anderweit mit Gewinn verkauft hat, ist kein Einwand gegen den Minderungsanspruch. Das ist eine res inter alios acta. So ungerecht das dem Verkäufer gegenüber ist, so entspricht es doch dem Wesen der Preisminderung (ROHG. 22, 35; RG. 43, 67 u. bei Holdheim 12, 164).

Anm. 82. ε) Nicht ausgeschlossen wird die Minderung durch Abgabe der Wandelungserklärung. Wer sich für Wandelung erklärt hat, kann diese Erklärung noch zurücknehmen und sich für Minderung erklären, natürlich nur so lange, bis der Verkäufer die Wandelung angenommen hat. Denn damit ist die Wandelung vollzogen, und die Ansprüche aus der vollzogenen Wandelung sind in Kraft getreten; damit aber ist das Recht des Käufers, die Ware zu behalten, erloschen (RG. 59, 97). Nach gemeinem Recht (RG. 39, 174; 43, 38) war die Klageerhebung auf Wandelung oder Minderung der Zeitpunkt, in dem die einseitige getroffene Wahl unabänderlich wurde. Nach dem neuen Recht trifft dies nicht mehr zu. Solange sich der Gegner auf die Klage nicht eingelassen hat, ist eine einseitige Klagezurücknahme nach § 271 CPO. zulässig. So lange kann die getroffene Wahl geändert werden (Düringer-Hachenburg III 142). Darüber, ob in der Klagezurücknahme auch eine Zurücknahme der Wahl liegt, entscheiden die Gründe der Klagezurücknahme. Wird das Wandelungs- oder Minderungsrecht einredeweise geltend gemacht, so erlischt das Wahlrecht erst mit dem Urteil der Berufungsinstanz, welches den tatsächlichen Prozeßstoff endgültig erledigt, und nicht erst mit dem rechtskräftigen Urteil der Revisionsinstanz (so auch Düringer-Hachenburg III 142; a. A. Planck § 465 Anm. 3, wonach erst das rechtskräftige Urteil entscheiden soll; vgl. auch oben Anm. 70). Die Preisminderungseinrede kann der Käufer, der Abweisung der Kaufpreisklage begehrt hat, noch in zweiter Instanz vorbringen. Diese Einrede hat nicht den Charakter eines neuen Anspruchs im Sinne des § 529 Abs. 2 CPO. und kann nicht, wie die Aufrechnungseinrede nach § 529 Abs. 3 CPO., zum besonderen Austrag verwiesen werden (RG. 63, 402).

Anm. 83. Durch den Weiterverkauf der Ware, auch in Kenntnis des Mangels, wird zwar (vgl. oben Anm. 67) die Wandelung, nicht aber die Preisminderung ausgeschlossen (RG. 17, 68; 43, 67), desgleichen nicht durch sonstige Verfügung über die Ware (RG. 25, 30), alles dies auch dann nicht, wenn der Käufer vorher die Ware zur Verfügung gestellt, also die Wandelung zu wählen, erklärt hatte (RG. 39, 174; 43, 37 u. 67; JW. 99, 102[43 u. 44]). Denn der Käufer will die Ware ja behalten; er darf sie daher bis zur Vernichtung gebrauchen und hat selbst dann nichts zu befürchten, wenn er absichtlich oder aus Unachtsamkeit den Verlust der Sache herbeigeführt hat (Mot. II 231). Das Interesse des Verkäufers ist dadurch nicht geschädigt, weil den Käufer die Beweislast für die Voraussetzungen der Preisminderung trifft (nicht ganz bestimmt RG. 20, 5). Nur dann liegt die Sache anders, wenn das Verhalten des Käufers einen deutlichen Verzicht auch auf das Preisminderungsrecht trotz der Mängelrüge ausdrückt (JW. 07, 367[16]; OLG. Breslau im Recht 03, 550; Dresden im Recht 01, 465). Ein solcher Fall ist angenommen (RG. 54, 80), als der Käufer die von ihm zur Verfügung gestellte Mai- und Junilieferung im Oktober ohne Verlust veräußerte, erst im Prozeß wegen Zahlung des Preises des Weiterverkaufs überführt wurde, und er dem Verkäufer diesen Umstand verschwiegen hatte. Die Besonderheit dieses Falles liegt darin, daß der Käufer durch die Zurverfügungstellung die Ware nur zur Aufbewahrung für den Verkäufer angenommen, für seine Person den Empfang abgelehnt und sich durch den im eigenen Namen vorgenommenen Weiterverkauf ohne Kenntnis des Verkäufers in Widerspruch mit der Verfügungstellung gesetzt hatte (RG. 17, 68). Diese Unterstellung des Verzichts auf alle Ansprüche greift aber nicht Platz, wenn der Käufer gezeigt hat, daß er die Ware behalten und Gewährleistungsansprüche geltend machen wolle (RG. 17, 69), oder wenn der Käufer

Digitized by Google

die Ware vor ihrer Ankunft bereits weiterverkauft hatte und sie an seinen Kunden absandte (JW. 01, 541[10]), oder wenn der Verkäufer wußte, daß die Ware weiterveräußert werden sollte (OLG. Kolmar ElsLothZ. 27, 490). Über Genehmigungshandlungen vgl. auch noch unten Anm. 116. Der Preisminderungsanspruch geht ferner verloren, wenn Arbitrage vereinbart ist (Exk. vor § 373 Anm. 24), und der Käufer nicht sofort nach Empfang der Ware zur Feststellung von Qualität und Minderwert die Arbitragekommission angegangen hat; denn die Arbitrage soll gerade die Mängel sofort außer Zweifel stellen (oben Anm. 32). § 377.

ζ) Der Gerichtsstand für die Klage auf Minderung des Kaufpreises. Auch hier ist davon auszugehen, daß wie bei der Wandelungsklage (oben Anm. 75), nicht auf Abschluß eines Vertrags, also nicht auf Erteilung der Einwilligung des Verkäufers, zu klagen ist. Hat der Käufer den Kaufpreis im voraus entrichtet, und bezweckt die Preisminderung die Rückerstattung des ganzen Preises, weil die Ware völlig wertlos ist (oben Anm. 80), oder eines Teiles, so ist behauptet, daß der Verkäufer seiner Verpflichtung vertragsmäßiger Lieferung noch genügt habe und deshalb in Form einer Geldentschädigung nachzuerfüllen habe. Diese Verpflichtung ist die streitige nach § 29 CPO. Sie ist dort zu erfüllen, wo der Verkäufer überhaupt zu erfüllen hat; nicht dort, wo der Käufer den Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises zu erfüllen gehabt hätte (RG. bei Gruch. 47, 115; vgl. RG. 40, 410). Ist der Kaufpreis noch nicht bezahlt, so wird durch die Preisminderungsklage die Verpflichtung des Käufers streitig, der von Zahlung des Kaufpreises befreit sein will; sein Erfüllungsort entscheidet (vgl. RG. 20, 360; 27, 398; 55, 107). Ist nur ein Teil des Kaufpreises bezahlt und will mit der Preisminderung die Nichtzahlung des Restes und außerdem die Rückerstattung eines Teiles des Gezahlten erreicht werden, so verhält es sich wie im vorhergehenden Falle. Es sind nicht etwa zwei Gerichtsstände gegeben; den unmittelbaren Gegenstand des Klagebegehrens bildet die Befreiung von der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung. Daß auch ein Teil des Kaufpreises zurückerstattet werden soll, ist nur Geltendmachung einer sekundären Folge (vgl. RG. 57, 13). Es besteht nur ein einheitlicher Anspruch und ein einheitlicher Gerichtsstand (JW. 07, 359[7]; vgl. RG. 55, 107). Anm. 84.

c) **Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Nach § 463 BGB. steht dem Käufer statt der Wandelung und Minderung das Recht zu, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn der Sache zur Zeit des Kaufs eine Eigenschaft fehlt, welche der Verkäufer zugesichert, oder einen Fehler hat, den der Verkäufer arglistig verschwiegen hat. Das bezieht sich auf den Kauf bestimmter Sachen (RG. 53, 90). Beim Gattungskauf gilt nach § 480 BGB. das gleiche, wenn der Sache zur Zeit des Gefahrüberganges eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn der Verkäufer einen Mangel der Sache arglistig verschwiegen hat (vgl. oben Anm. 3, 45 u. 51). Anm. 85.

α) Voraussetzung ist also, daß der Sache eine Eigenschaft fehlt, die der Verkäufer besonders zugesichert hat. Was unter der besonderen Zusicherung zu verstehen ist, und daß darunter insbesondere auch die Zusicherung von Eigenschaften zu verstehen ist, die der Käufer schon an sich zu erwarten hatte, ist schon oben Anm. 41 hervorgehoben worden. Anm. 86.

Die andere alternative Voraussetzung ist arglistige Verschweigung eines Fehlers und zwar eines solchen Fehlers, auf dessen Abwesenheit der Käufer Anspruch hat, der also den Wert oder die Tauglichkeit erheblich beeinträchtigt, oder auf dessen Abwesenheit der Käufer in dem betreffenden Falle gerechnet hatte. Über den Begriff des arglistigen Verschweigens siehe Näheres unten Anm. 148ff.

β) Die Folge ist, daß der Käufer das Recht hat, statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu wählen. Es ist bereits im Exk. zu § 374 Anm. 42 und oben Anm. 3 dargelegt, daß der Käufer die ihm angebotene mangelhafte Ware zurückweisen kann. Der Käufer gelangt in den hier zu behandelnden beiden Fällen der Zusicherung und des arglistigen Verschweigens, wenn er die Ware zurückweist, zu einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung schlechthin, wie er bei vollständiger Nichterfüllung Anm. 87.

Digitized by Google

§ 377. entsteht. Dieses Recht ist nicht an die Voraussetzung geknüpft, daß er an der Ware in mangelhaftem Zustand kein Interesse hätte (RG. 52, 355; 53, 92; 54, 81), und noch weniger daran, daß die fehlende Eigenschaft nachgewährt werden kann (a. M. 5./6. Aufl. u. Planck § 463 Anm. 4, § 480 Anm. 5, wonach dieser Schadensersatz gemäß § 325 Abs. 1 BGB. davon abhängen soll, daß die teilweise Erfüllung für den Käufer kein Interesse hat). Der Käufer kann so verfahren, d. h. den ganzen Vertrag, unter Zurückweisung der Kaufsache, als nicht erfüllt ansehen sowohl beim Gattungskauf als auch beim Kauf einer bestimmten Sache, wenn dieser zur Zeit des Kaufs eine zugesicherte Eigenschaft fehlt und der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt (RG. 52, 355; JW. 02, 235[110]). Denn beide gesetzlichen Vorschriften (§§ 480, 463 BGB.) stimmen völlig miteinander überein. Es kann auch nicht beim Gattungskauf unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung etwas anderes verstanden werden, als beim Spezieskauf. Will der Käufer die Ware so zurückgeben, hat er sie aber weiterverkauft, so muß er mindestens die Ansprüche, die er dafür erlangt hat, abtreten. Der Käufer kann aber auch die nicht gehörige Erfüllung und die dadurch geschaffene Sachlage hinnehmen, die Ware behalten und den so entstandenen Schaden seinem Schadensersatzanspruch zugrunde legen (RG. 53, 92; der Käufer hatte Saatgut, das die zugesicherte Eigenschaft nicht besaß, mit eigener guter Ware vermischt, diese dadurch entwertet; er durfte die so gemischte Ware dem Verkäufer zur Verfügung stellen und den Selbstkostenpreis der eigenen Ware unter Abzug des vereinbarten Kaufpreises verlangen). Der Käufer hat also beides; er kann die Ware zurückweisen, er kann sie aber auch behalten. In letzterem Fall kommt der Wert der mangelhaften Sache bei der Schadensberechnung in Ansatz, so daß dem Käufer der Unterschied zwischen dem unter den Parteien vereinbarten Kaufpreis und dem Betrag zusteht, den der Käufer aus vertragsmäßiger Ware erlöst haben würde, unter Zuschlag etwaiger auf den Kaufpreis geleisteter Anzahlungen. Hat der Käufer die Sache zu günstigerem Preis als zum Vertragspreis veräußert, so muß er die hierbei erzielten Vorteile von seinem Schaden in Abzug bringen. Weist der Käufer die Ware zurück, obgleich er den Kaufpreis bereits bezahlt hat, so kann er im Wege des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung Rückzahlung des Kaufpreises und Erstattung der verauslagten Vertragskosten begehren (ROHG. 24, 106; RG. 50, 190; vgl. JW. 04, 140[6] Ziff. 2a). Ist der Käufer aus Anlaß des Kaufs Schuldverbindlichkeiten eingegangen, oder hat er solche in verständiger Weise auf sich genommen, so gehört auch der Anspruch auf Befreiung von diesen Verpflichtungen zum Schadensersatz nach § 249 BGB., obgleich allerdings regelmäßig der Schadensanspruch auf Geld geht (RG. 61, 348; vgl. JW. 07, 361[8]). Der Schadensersatzanspruch kann überhaupt in jeder angemessenen Weise berechnet werden, wobei das freie richterliche Ermessen nach § 287 CPO. einzugreifen hat. Selbst ein Ersatzdeckungskauf ist nicht ausgeschlossen. Wurde z. B. die gelieferte Sache wegen Unbrauchbarkeit zurückgewiesen, und war der Käufer zu einem Ersatzkauf genötigt, so darf er das, was er nach Treu und Glauben aufwenden mußte, zur Grundlage seiner Schadensrechnung nehmen. Hat der Käufer mit einer höherwertigen Sache sich gedeckt, so findet eine Ausgleichung des erlangten Vorteils und des Schadens statt. Den Mehrwert, der von der Schadensforderung in Abzug kommen soll, muß der Verkäufer dartun. Mußte der Käufer infolge der mangelhaften Lieferung seinem Abnehmer für Schaden aufkommen (vgl. RG. 59, 238), oder kann der Käufer infolge der mangelhaften Lieferung seinen eigenen Verbindlichkeiten nicht gerecht werden, so kann er den hierdurch entstandenen Schaden ersetzt verlangen. Auch kann der Käufer sein Zurückbehaltungsrecht ausüben (JW. 07, 356[2]). War die gelieferte Ware wertlos, so kann er auch in der Weise liquidieren, daß er seinen Schadensanspruch gegen den Kaufpreis aufrechnet. Auch die Grundsätze über mitwirkendes Verschulden kommen hier überall in Betracht (§ 254 BGB.).

Entbehrt nur ein Teil der Ware der zugesicherten Eigenschaften, so kann sich der Käufer nur dann auf den Standpunkt vollständiger Nichterfüllung stellen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hatte; § 325 Abs. 1 BGB. findet hier ent-

Digitized by Google

sprechende Anwendung, obgleich in RG. 52, 355 etwas schroff dem Käufer unter allen Umständen das Recht zugesprochen scheint, den Verkäufer so zu behandeln, als habe er überhaupt nicht erfüllt. Fehlt also nicht jedes Interesse an der teilweise mangelhaften Erfüllung in diesem Sinne, so hat der Käufer nur das Recht auf Schadensersatz insofern, als einem Teil der Ware die zugesicherte Eigenschaft fehlt (insofern ist Eccius bei Gruch. 43, 336 und Planck a. a. O. zuzustimmen). Leidet nur ein unbedeutender Teil der Ware an einem Fehler, oder ist der Fehler selbst ganz geringfügig, so führen die allgemeingültigen Grundsätze von Treu und Glauben (hierüber Exk. zu § 374 Anm. 11) schon dazu, dem Käufer das Recht, die ganze Ware zurückzuweisen, zu versagen. **§ 377.**

Darüber, daß der Käufer nicht nur bei zugesicherten Eigenschaften und arglistigem Verschweigen von Fehlern, sondern auch bei schuldhafter mangelhafter Erfüllung überhaupt Schadensersatz beanspruchen kann, siehe unten Anm. 100. Anm. 88.

γ) Der Gerichtsstand für die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist an dem Ort, an dem der Verkäufer die ihm vertraglich obliegende Pflicht zur Leistung des Schadensersatzes zu erfüllen hat. Es entscheidet also sein Erfüllungsort und nicht der Ort, an dem der Käufer den Kaufpreis zu zahlen hat. Denn der Anspruch ist ein solcher aus nicht gehöriger Erfüllung: diese Verpflichtung tritt an Stelle der Erfüllung und ist die streitige nach § 29 CPO. Danach bestimmt sich der Gerichtsstand (RG. 32, 432; 40, 409; 55, 425; JW. 95, 223[2]; 01, 397[5]; 02, 73[1]; vgl. auch Exk. zu § 372 Anm. 8). Dieser Erfüllungsort ändert sich nicht dadurch, daß der Käufer bei Lieferung wertloser Ware unter Rückgabe dieser gegen den Kaufpreis mit seinem Schadensanspruch aufrechnet (RG. in LZ. 07, 342[7]). Anm. 89.

d) **Beim Gattungskauf kann der Käufer auch Lieferung mangelfreier Ware verlangen.** Anm. 90.

α) Beim Gattungskauf. Hierüber § 360 HGB. Voraussetzung ist, daß zur Zeit des Gefahrüberganges eine gewöhnlich vorausgesetzte oder eine zugesicherte Eigenschaft fehlt (oben Anm. 39 ff.) und hier beim Handelskauf ist selbstverständlich ferner vorausgesetzt, daß der Mangel gehörig gerügt sein muß.

β) Statt der Wandelung oder Minderung kann er jenes Recht geltend machen. Natürlich muß er, wenn er eine mangelfreie Sache verlangt, die mangelhafte Zug um Zug, wie bei der Wandelung, gemäß §§ 480, 467 Satz 1, 348 BGB. zurückgeben. Aber das ist keine Wandelung: die Wandelung enthält eine Rückgängigmachung des ganzen Kaufvertrages, gleich als wenn er nicht geschlossen wäre. Anm. 91.

γ) Auf diesen Anspruch finden nach § 480 BGB. die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464—466, des § 467 Satz 1 und die §§ 469, 474–479 BGB. entsprechende Anwendung. Daraus folgt: Anm. 92.

αα) Durch vorbehaltlose Annahme der mangelhaften Sache in Kenntnis des Mangels ist der Anspruch des Käufers ausgeschlossen (§ 464 BGB.), aber ebenso durch jedes nachträgliche Verhalten, durch das der Käufer trotz der Kenntnis des Mangels zu erkennen gibt, daß er die Sache behalten wolle (vgl. oben Anm. 67—69). Anm. 93.

ββ) Die auf Lieferung gerichtete Wahl des Käufers ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer mit der verlangten Nachlieferung einverstanden erklärt (§§ 480, 465 BGB.) oder dazu rechtskräftig verurteilt ist (vgl. oben Anm. 63). Bis dahin kann der Käufer das Verlangen auf Nachlieferung noch zurückziehen und eines der anderen Rechte wählen (JW. 05, 492[16]). Erklärt sich der Käufer mit dem Anspruch auf Nachlieferung nicht einverstanden, so kann ihn der Käufer im Wege der Klage geltend machen. Die gegnerische Theorie, nach der aus § 465 BGB. folgen soll, daß der Anspruch auf Wandelung in einem Anspruch auf Einverständniserklärung mit der vom Käufer verlangten Wandelung bestehe, würde, da § 465 BGB. hier entsprechende Anwendung findet, dazu führen, auch hier anzunehmen, daß der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache darin bestehe, daß der Käufer vom Verkäufer verlangen kann, er möge sich damit einverstanden erklären, daß er eine mangelfreie Ware liefere. Siehe dagegen oben Anm. 59 ff. Der Käufer, der nach dem Gesetze verlangen kann, daß ihm eine mangelfreie Sache geliefert wird, kann eben unmittelbar verlangen, Anm. 94.

Digitized by Google

§ 377. daß ihm eine mangelfreie Sache geliefert wird und seinen Klageantrag so stellen (RG. in SächsA. 15, 60). Der § 465 BGB. bedeutet, daß, wenn der Verkäufer sich mit dem Verlangen des Käufers einverstanden erklärt, nunmehr das Rechtsverhältnis derart nach dieser Richtung festgelegt ist, daß nunmehr auch der Käufer nicht mehr davon abgehen kann und für beide Teile die hieraus entstehenden Rechte entstanden sind, d. h. also, daß nunmehr auch der Verkäufer verlangen kann, daß der Käufer die mangelhafte Sache zurückgibt und eine mangelfreie Sache abnimmt und bezahlt. Darauf, ob die Sache wirklich mangelhaft war, kommt es dann nicht mehr an. — Erklärt sich Verkäufer mit dem vom Käufer geltend gemachten Verlangen auf Lieferung einer mangelfreien Sache nicht einverstanden, so kommt der Verkäufer, der dem berechtigten Anspruch nicht genügt, in Leistungsverzug. Denn die angebotene Ware braucht der Käufer nicht anzunehmen (§ 294 BGB.). Die geschuldete Lieferung aber ist unterblieben. Hieraus ergibt sich, daß der Käufer auf Lieferung einer mangelfreien Sache und zwar einer anderen Sache klagen kann. Der Verkäufer kann die zurückgewiesene mangelhafte Sache nicht als eine verbesserte von neuem anbieten; sonst käme man zu dem oben Anm. 55 abgelehnten Nachbesserungsrecht. Auch kann der Verkäufer nicht einwenden, eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit komme nach § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht in Betracht. Denn § 480 BGB. enthält eine Sonderbestimmung und verweist nicht auf § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB. (RG. II 134/05 Urt. v. 16. 1. 05). Da der Verkäufer aber auch in Lieferungsverzug geraten ist, so kann der Käufer, ohne daß er nochmals zur Lieferung mangelfreier Ware aufzufordern braucht, in Anwendung des § 326 Abs. 1 BGB. dem Verkäufer eine angemessene Frist mit der Androhung setzen, daß er nach fruchtlosem Ablauf Erfüllung, d. h. Leistung einer mangelfreien Sache, nicht mehr annehmen werde (JW. 04, 198[7]; 05, 17[10]). Nach Ablauf der Frist hat sich das ganze Rechtsverhältnis dahin geändert, daß der Verkäufer mangelfreie Ware nicht mehr anbieten und Käufer mangelfreie Ware nicht verlangen kann. Denn Erfüllung ist für beide Teile ausgeschlossen. Der Käufer hat nur noch die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wie dies im Exk. zu § 374 des näheren dargelegt ist. Obgleich das Verlangen nach Lieferung mangelfreier Ware ein Gewährleistungsanspruch ist, findet auf diese Weise doch eine Überleitung in das Gebiet des Schuldnerverzugs mit den soeben angegebenen Folgen statt (RG. in Holdheim 05, 82 u. im Recht 05, 15[17]; Exk. zu § 374 Anm. 42). Auf diese Weise gelangt der Käufer zu einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, auch wenn keine Eigenschaft zugesichert war und dem Verkäufer arglistiges Verschweigen nicht vorzuwerfen ist. Über das Verhältnis bei Sukzessivlieferungsverträgen siehe Exk. zu § 374 Anm. 140 ff. u. 179 ff. Nimmt der Verkäufer die zurückgewiesene mangelhafte Sache zurück, um mangelfreie an deren Stelle zu liefern, so wird damit die durch das tatsächliche Angebot eingetretene Konkretisierung (Exk. vor § 373 Anm. 70) wieder aufgehoben. Die Gattungsschuld lebt wieder auf. Die Lieferung gilt als nie gemacht. Es bedarf aber keiner neuen Inverzugsetzung. Der Verkäufer bleibt während der ganzen nach § 326 Abs. 2 BGB. gesetzten Frist in Verzug. In der Weigerung mangelfreie Ware zu liefern, kann auch eine positive Vertragsverletzung enthalten sein (hierüber Exk. zu § 374 Anm. 172 ff.).

Anm. 95. γγ) Der Verkäufer kann, wenn der Käufer einen Mangel behauptet, sich gemäß § 466 BGB. darüber Gewißheit verschaffen, ob der Käufer etwa Nachlieferung verlangt. Hierüber s. unten Anm. 108.

Anm. 96. δδ) Der Anspruch auf Nachlieferung wird durch die gleichen Umstände ausgeschlossen, wie der Anspruch auf Wandelung: Veräußerung, Umgestaltung usw. (vgl. oben Anm. 67—69).

Anm. 97. εε) Der Käufer ist, sobald der Anspruch auf Nachlieferung endgültig feststeht, zur Rückgewähr der empfangenen Sache verpflichtet (Näheres oben Anm. 71 und unten Anm. 109). Allein er kann sein Zurückbehaltungsrecht an den empfangenen Sachen geltend machen, bis ihm die Ersatzware geliefert ist (§ 369 HGB.).

Anm. 98. ζζ) Ist der Verkäufer rechtskräftig zur Lieferung einer mangelfreien Sache verurteilt, so braucht der Käufer nicht erst im Zwangsvollstreckungsverfahren nach §§ 883 ff. CPO. die Leistungs-

Digitized by Google

unmöglichkeit festzustellen, um sodann nach § 893 CPO., §§ 280, 286, 325 BGB. seine Interesseforderung einzuklagen oder im Aufrechnungsweg geltend zu machen (RG. 35, 380) und bei teilweiser Unmöglichkeit darzutun, daß der von der Unmöglichkeit nicht betroffene Teil der Leistung für ihn kein Interesse habe. Der Käufer kann sich vielmehr des § 283 BGB. bedienen und gelangt auf diesem Weg (Exk. zu § 374 Anm. 147 ff.) zu einem Schadensanspruch, bestehend in dem in Geld ausgedrückten Wert der ausgebliebenen Leistung. Es findet hier nicht wie bei der Wandelung die Umwandlung des ganzen Verhältnisses in einen Schadensanspruch wegen Nichterfüllung statt (hierüber Exk. zu § 374 Anm. 147). § 377.

e) **Das umgekehrte Recht des Verkäufers, dem Käufer eine mangelfreie Sache anzubieten,** besteht nicht (vgl. oben Anm. 55). Anm. 99.

f) **Der allgemeine Anspruch auf Schadensersatz bei schuldhaft mangelhafter Lieferung.** Anm. 100.

α) Es ist ein zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochener, aber doch allgemein gültiger Rechtssatz, daß schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten schadensersatzpflichtig macht. Es ist dies in § 347 Anm. 11 dargetan. Der Kritik ist zuzugeben, daß die in § 276 BGB. aufgestellte Pflicht des Schuldners, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu „vertreten", nur einen allgemeinen Grundsatz der Verantwortlichkeit enthält, ohne die Folgen dieser Verantwortlichkeit in Form einer Ersatzpflicht auszusprechen. Es mag auch zugegeben werden, daß man den Ausdruck „vertreten" in § 276 BGB. etwas pressen muß, um den gedachten Grundsatz darin zu finden. Allein es könnte sogar in § 276 BGB. ein noch allgemeinerer Ausdruck gewählt sein. Es besteht doch der Gedanke zu Recht, daß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben jedermann durch die Verletzung besonders übernommener Pflicht zur Sorgfalt sich schadensersatzpflichtig macht. Das Bestehen dieses Grundsatzes unterstellt § 276 BGB.; er steht ihm auch am nächsten; jedenfalls weit näher als die in § 280 BGB. enthaltene Bestimmung über die Unmöglichkeit der Leistung, welche (nach Kisch Unmöglichkeit der Erfüllung 00, 193; Schöller in Gruch. 46, 26; Krückmann DJZ. 05, 205) zu ähnlichen Ergebnissen führen soll. Bereits unter der Herrschaft des alten Rechts (RG. 44, 242; Eccius, Preuß. Privatr. 7. Aufl. I 506) hat man aus dem verschiedenen Charakter des Anspruchs auf Gewährleistung und dem Anspruch auf Entschädigung wegen schuldhafter Vertragserfüllung Folgerungen abgeleitet. Bald hat man den Gesichtspunkt hervorgekehrt, daß der Käufer annehmen durfte, der Verkäufer habe sich vergewissert, daß seine Zusage der Wahrheit entspreche (RG. 34, 216), bald wurde angenommen, es dürfe der Verkäufer nicht leichtfertig die Eigenschaft der Ware (z. B. als Saatgut) versichern, wenn er selbst nicht wisse, ob diese Eigenschaft vorhanden sei (Bolze 5 Nr. 671 d; 11 Nr. 402), oder es habe jeder Teil bei Erfüllung von Verträgen eine gewisse Aufmerksamkeit anzuwenden (RG. 44, 241). Auch darauf wurde früher hingewiesen, daß durch Lieferung einer ganz andern Ware als der zugesagten der Käufer in den Glauben versetzt werde, er habe die zugesagte Ware erhalten und durch eine entsprechende Behandlung (Aussäen von Saatgut) Schaden erlitten (RG. 20, 92; vgl. ROHG. 7, 411; 24, 405). Alle diese unter verschiedene Gesichtspunkte gebrachten Fälle werden nun von der ausdehnenden Auslegung umfaßt, welche dem § 276 BGB. durch den an die Spitze gestellten Satz zu geben ist, daß die schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten schadensersatzpflichtig macht (RG. 52, 19; 53, 200; 56, 169). Die Gewährleistung bezieht sich nur auf die Fälle, in denen der Verkäufer, gleichviel ob mit oder ohne Schuld, mangelhaft liefert (d. h. Sachen liefert, die zur Zeit des Gefahrenübergangs Fehler haben; oben Anm. 45), und auf Fälle, in denen der Verkäufer durch Zusicherung einer Eigenschaft die Garantie ihres Vorhandenseins übernommen hat, und endlich auf Fälle, in denen er sich durch arglistiges Verschweigen eines Fehlers haftbar macht (§§ 459, 463, 480 BGB.). Nicht berücksichtigt sind hierbei die zahlreichen Fälle, in denen durch mangelhafte Erfüllung dem Käufer ein Schaden entsteht, ohne daß der Fall der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft oder arglistige Verschweigung eines Fehlers vorliegt. Es liefert z. B. der Verkäufer dem Käufer nasse, nicht mahlfähige Frucht (RG. 52, 18), nicht keimfähiges Saat-

Digitized by Google

§ 377. gut (das zur Aussaat geeignet sein sollte, RG. 53, 201; 34, 216; 20, 92), nicht bindefähigen Kalk (RG. 56, 167), mottige Pelzwaren, feuchte Lederwaren, wasserdurchdrängten Teer, sauren Wein, eine von ihm erstellte Maschine, die infolge mangelhafter Konstruktion zusammenbricht usw. — alles Waren, denen gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Es liegen diese Fälle nicht so, daß eine bestimmte Eigenschaft zugesichert oder ein Fehler arglistig verschwiegen worden wäre. Würde man in solchen Fällen einen Anspruch auf Schadensersatz nicht zulassen, so könnte der Käufer den Kauf wohl rückgängig machen oder den Kaufpreis mindern oder andere Ware verlangen. Aber alle diese Rechte reichen nicht aus, der Gerechtigkeit zu genügen, wenn dem Käufer durch die fehlerhafte Lieferung bereits ein Schaden erwachsen ist. Der Käufer hat vielleicht infolge der mangelhaften Lieferung seiner eigenen Lieferungsverpflichtung nicht nachkommen können und wird seinen Abnehmern schadensersatzpflichtig. Oder die mangelhaft gelieferte Ware verdirbt seine eigene Ware oder beschädigt andere Abnehmer, denen der Käufer nun ersatzpflichtig wird. Oder die Ware ist polizeilich beschlagnahmt, dem Käufer sind Auslagen und Kosten entstanden, oder seine eigene Ware, die mit der mangelhaften vermischt worden, ist deshalb polizeilich im Verkehr beschränkt (Stallsperre wegen Seuchenverdachts).

Der Käufer hat also das weitere Recht, Schadensersatz zu verlangen, wenn der Verkäufer schuldvoll mangelhaft liefert und zwar nicht wegen nicht gehöriger Erfüllung oder wegen Verzugs in der Erfüllung oder wegen verschuldeter Unmöglichkeit (wie Hellbach im Recht 05, 6 annimmt), sondern wegen Verschuldens in der Erfüllung, also wegen schuldhafter Verletzung des bereits abgeschlossenen Vertrags. Es findet hierauf nur § 276 BGB. und nicht § 286 BGB. (so Staub, Pos. Vertragsverletzungen 04, 8 und 31 ff.) Anwendung.

Anm. 101. β) Wann ein Verschulden des Verkäufers vorliegt, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (§ 347 Anm. 2 ff.). Daher gehört zum Vorsatz nicht die Absicht der Schädigung, sondern nur das Bewußtsein des schädigenden Erfolgs (RG. 57, 241; 63, 146; 62, 137). Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß bloße Vertragswidrigkeit zur Begründung der hier zu erörternden Haftung nicht ausreicht; es muß eine schuldhafte Pflichtverletzung vorliegen, die keineswegs in jeder mangelhaften Erfüllung enthalten zu sein braucht. Es muß vielmehr ein aus den Umständen herzuleitender Vertragswille feststehen, demzufolge die Aufwendung besonderer Sorgfalt bei der Erfüllung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben vertragsmäßig zu fordern ist. Im allgemeinen gilt auch hier die Regel, daß, falls solche Sorgfaltspflichten gedachter Art bestehen, die Anforderungen nicht so hoch gespannt werden dürfen, daß auch jede entfernte Möglichkeit in Betracht zu ziehen wäre. Eine gewisse Voraussehbarkeit ist daher erforderlich; allerdings nicht aber eine bestimmte Vorstellung der Folgen (§ 347 Anm. 26 ff.). Immer muß eben das geschehen, was der Verkehr an Sorgfalt erfordert, so daß einerseits Mißbräuche und Unsitten nicht zu beachten sind und andererseits nicht die Einsicht und Erfahrung, die der Verkäufer persönlich besitzt, entscheidet. Es kommt darauf an, wie ein verständiger Mann, und wenn der Verkäufer Kaufmann ist, wie ein verständiger Kaufmann nach dem Maße durchschnittlicher Erkenntnisfähigkeit und Geschicklichkeit sich im gegebenen Falle verhalten hätte, und ob auch ein solcher durch die Umstände gehindert sein konnte, sich seiner Pflichten bewußt zu bleiben. Durch Gutgläubigkeit der Vertragsverletzung oder durch Unkenntnis der Vertragspflichten wird die Schadensersatzpflicht nicht beseitigt; wohl aber durch höhere Gewalt und durch Umstände, die der Gegner vertreten muß (z. B. wenn dieser ihn zur Vertragsverletzung verleitet hat). Wie weit bei Beurteilung der Fahrlässigkeit zu gehen ist, bleibt im übrigen Tatfrage. Bei Gattungsschulden muß der Verkäufer sein Unvermögen zu liefern, so lange vertreten, als die Lieferung aus der Gattung noch möglich ist (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 47). Damit, daß er ungewöhnlich in seiner Fabrik zu tun hatte, kann sich der Verkäufer nicht entschuldigen (Bolze 7 Nr. 562). Darüber, ob Streik oder sonstige Erfüllungshindernisse von der Haftung entbinden, s. Exk. zu § 374 Anm. 47 ff.). Entschuldigt ist der

Digitized by Google

Lieferant, wenn er die Ware nicht selbst anfertigt, also die Fehler nicht selbst verschuldet hat, und die Ware, die er von einem leistungsfähigen Hause bezog, einmal schlechter, als sonst, ausfiel oder völlig wertlos war. Daß der Verkäufer sich als Fabrikant der Ware dem Käufer gegenüber fälschlich ausgab, ändert hieran nichts. Der Lieferant des Verkäufers wird damit nicht dessen Erfüllungsgehilfe gegenüber dem Käufer. Dieses Auftreten als Selbstverfertiger könnte nur ein Verschulden bei Eingehung des Vertrags (§ 347 Anm. 2), nicht aber bei Erfüllung des Vertrags, begründen. Der Verkäufer hat grundsätzlich nicht die Verpflichtung, im Interesse des Käufers die Ware genau zu untersuchen, um diesen auf etwa vorhandene Mängel aufmerksam zu machen. Daher liegt in dem Nichtentdecken solcher Fehler seitens des Verkäufers auch kein Verschulden in der Erfüllung. Nur ausnahmsweise kann eine vertragliche Pflicht der bezeichneten Art angenommen werden. So z. B. beim Verkauf selbstverfertigter Ware durch einen Handwerker, von Saatgut, wenn darunter nach der Verkehrsanschauung überhaupt keimfähiges Gut verstanden ist, durch einen Samenhändler an einen Nichtfachmann (RG. 20, 92; 34, 216; 53, 201; ROHG. 7, 411), von nicht mahlfähigem Getreide durch einen Getreidehändler, dessen Vertragsgegner sich auf die Sachkunde des Verkäufers verlassen durfte (vgl. RG. 52, 18). Die Sache muß immer so liegen, daß der Verkäufer die Fehler kannte oder bei Aufwendung gehöriger Sorgfalt hätte kennen müssen, daß ferner nach den Anschauungen des Verkehrs eine besondere vertragliche Pflicht des Verkäufers, den Käufer auf die Fehler aufmerksam zu machen, bestand und endlich, daß dieser Vertragspflicht vom Verkäufer schuldhaft zuwidergehandelt worden ist. Ein Verschulden ist z. B. anzunehmen, wenn der Verkäufer von unzuverlässigen Händlern mangelhafte Ware bezieht und unbesehen weitergibt oder selbst die Mischung von schlechter Ware unter gute vornimmt, so daß der Fehler schwer zu finden ist (RG. 25, 27 ff.), oder wenn ein Saatgetreidehändler eine neue Züchtung ohne Nachprüfung einführt (JW. 03 Beil. 69[158]), oder wenn der Milchlieferant seine eigene Milchproduktion so schlecht überwacht, daß gesundheitsgefährliche Stoffe in die Milch geraten sind (JW. 01, 209[10]). Alsdann hat der Verkäufer nach § 278 BGB. nicht nur eigenes Versehen, sondern auch das seiner Erfüllungsgehilfen zu vertreten (Exk. zu § 58 Anm. 27; § 347 Anm. 13). So z. B., wenn die Angestellten einem Kunden mit frembartigen (also erkennbaren) Giftkörnern untermischtes Pferdefutter geliefert haben, ohne sich über die ihnen aufgefallene Beimischung zu vergewissern (RG. bei Holdheim 14, 236). Auf die Voraussehbarkeit des Schadens kommt es im allgemeinen nicht an. Wer syndizierte Ware zu billigem Auslandspreise kauft, um sie nachher im Inland abzusetzen, ist zwar nicht bereichert (§ 818 BGB.), weil es an der Voraussetzung des § 812 BGB. fehlt. Er verletzt aber schuldhaft den Vertrag und muß dem Verkäufer den Unterschied zwischen Auslands- und Inlandspreis (die Exportbonifikation) nachzahlen und sonstigen Schaden ersetzen (JW. 06, 171[17]). Zugleich liegt darin aber auch eine positive Vertragsverletzung (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 175). Liefert der Verkäufer, der für ein von ihm verkauftes Drogengeschäft als Fachmann die zur Neueinrichtung erforderlichen Waren aussuchen und liefern soll, so mangelhaft, daß die Ursache nur das Fehlen der Fachkunde oder der Vertrauenswürdigkeit sein kann, so verletzt er schuldhaft den Vertrag (RG. 62, 285). Zugleich liegen aber auch die Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung vor (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 175). § 377.

Wenn auch nach diesen Grundsätzen für schuldhafte Vertragsverletzung gehaftet wird, so genügt dazu noch nicht die Behauptung, der Käufer habe deshalb die erforderliche Sorgfalt außer Augen gelassen, weil die Ware, wie der Erfolg bewiesen habe, ungeeignet gewesen sei. Ein solch allgemeines Vorbringen läuft lediglich auf Begründung einer Haftung nach § 459 Abs. 1 BGB. hinaus.

γ) Nur den Sachkauf und Sachmängel betrifft dies alles (oben Anm. 39 ff.), nicht den Rechtskauf und nicht Rechtsmängel (§§ 437, 439 BGB.). Den Kauf von Wertpapieren hat die frühere Rechtsprechung in weitem Umfang als Sachkauf behandelt (§ 360 Anm. 1). Von diesem Gesichtspunkt aus hat man früher auch schuldhafte Vertrags- Anm. 102.

Digitized by Google

§ 377. erfüllung angenommen, wenn der verkaufende Bankier ein zur Kraftloserklärung aufgebotenes Wertpapier seinem Kunden verkaufte (RG. 5, 210; ROHG. 5, 240; SeuffA. 26 Nr. 69). Dem kaufenden Bankier mutete man dagegen eine Erkundigungspflicht zu (§ 254 BGB.). Die neuere Rechtsprechung nimmt dagegen die früher abgelehnte Unterscheidung zwischen dem Papier als Sache und dem im Papier verkörperten Recht wieder auf (RG. 59, 240ff.; näheres hierüber § 381 Anm. 1ff.). Da die Haftung aus § 459 BGB. und aus schuldhafter Lieferung mangelhafter Sachen auf diese Weise häufig verneint wird (§ 381 Anm. 12), gelten in solchen Fällen auch die Grundsätze über die kurze Verjährung nicht (unten Anm. 136), und es muß zur Herstellung einer Haftung des Verkäufers auf ein schuldhaftes Verhalten bei Abschluß des Vertrags gegriffen werden. Dieses Verschulden kann in Erregung eines Irrtums, in arglistiger Täuschung, in einem Verstoß bei einer Ratserteilung oder Empfehlung bestehen. Auch die Garantiehaftung kann in Frage kommen.

Anm. 103. δ) Dieser Schadensanspruch steht dem Käufer nur zu, wenn er seine Pflichten aus § 377 erfüllt, d. h. er muß die Mängel gehörig und rechtzeitig rügen, wenn der Verkäufer nicht arglistig gehandelt hat (RG. 25, 27ff.; JW. 02, 28[22]; OLG. Marienwerder SeuffA. 61, 26; vgl. RG. 44, 242). Es beruht zwar die Haftung auf einem besonderen von § 459 BGB. nicht geforderten Verschulden, also auf einem besonderen Grund; allein es besteht doch ein so enger Zusammenhang mit dem in § 377 aufgestellten Grundsatz und dessen Zweck, daß unbedenklich auch hier davon auszugehen ist, das Fehlen ordnungsmäßiger Mängelanzeige bedeute Genehmigung. Diese Annahme ist um so berechtigter, als auf die schuldhafte Vertragserfüllung die kurze Verjährung des § 477 BGB. Anwendung findet (unten Anm. 134), auch die §§ 478, 479 BGB. folgeweise nicht abzulehnen sind (vgl. RG. 56, 171), und selbst bei den positiven Vertragsverletzungen Mängelanzeige gefordert wird (über letzteres Exk. zu § 374 Anm. 183).

Anm. 104. ε) Dieser Schadensanspruch steht dem Käufer neben allen sonstigen Rechten zu (a. M. Düringer-Hachenburg III 158). Er steht ihm zunächst zu, wenn er die Ware behält und erklärt, es sei ihm durch die schuldhafte Lieferung ein Schaden entstanden; der Schadensanspruch steht ihm aber auch zu, wenn er wandelt. Er kann erklären, er behalte die Ware wegen ihres Mangels nicht, verlange Rückgängigmachung des Kaufes, er verlange aber auch den Schaden ersetzt, weil der Verkäufer schuldhaft mit Mängeln erfüllt habe und dieser Schaden durch die Wandlung nicht gedeckt sei (RG. 52, 18; 53, 200; 56, 166; auch JW. 97, 259[97]). Auch neben dem vertraglichen und neben dem gesetzlichen Rücktrittsrecht ist dieser Schadensanspruch zuzulassen (Exk. zu § 374 Anm. 3). Hieraus folgt, daß der Käufer beim Sukzessivlieferungsvertrag hinsichtlich jeder einzelnen Lieferung diesen Schadensersatz beanspruchen kann. Hinsichtlich der künftigen Lieferungen kann ihm auf Grund der positiven Vertragsverletzungen das Wahlrecht erwachsen, ob er vom ganzen Vertrag zurücktreten oder hinsichtlich des ganzen Vertrags Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will (vgl. unten Anm. 183 u. Exk. zu § 374 Anm. 183). Auch neben dem Minderungsanspruch kann der Käufer den Anspruch geltend machen. Hier hat der Anspruch aber keine besondere Bedeutung. Der Käufer kann ihn auch neben dem Verlangen auf andere Ware nach § 480 BGB. geltend machen. Ob es sich um einen Gattungskauf oder um den Kauf einer bestimmten Sache handelt, bleibt sich für diese Haftung gleich. Denn es kann keinen Unterschied ausmachen, ob die verkaufte Spezies nachträglich durch Schuld des Verkäufers mangelhaft wird, oder ob der Verkäufer eine Gattungssache oder eine von ihm herzustellende Sache durch seine Schuld mangelhaft liefert. Das Nebeneinanderlaufen der zwei Haftungsgründe wird gegenstandslos, wenn es sich um das Fehlen zugesicherter Eigenschaften oder um arglistiges Verschweigen handelt. Hier ergibt sich die Haftung für Schadensersatz schon aus §§ 463, 480 BGB. Der Käufer hat an der Ware ein Zurückbehaltungsrecht, bis ihm der Schaden ersetzt ist (vgl. RG. 29, 91).

Anm. 105. ζ) Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs richtet sich nach den allgemeinen Regeln über den Schadensersatz (hierüber § 347 Anm. 17ff.). Dabei greift überall die freie

Digitized by Google

Schätzung nach § 287 CPO. ein. So kann bei Lieferung vertragswidrig gemischter Ware das Ergebnis bei der Verarbeitung geringer sein (RG. 25, 30). Es kann der wandelnde Käufer, weil ihm sein Abnehmer die Ware zurückweist, genötigt sein, vertragsmäßige Ware anderweit anzuschaffen. Es kann der Käufer von seinem Abnehmer ersatzpflichtig gemacht werden; im Falle ursächlichen Zusammenhanges steht der Verkäufer auch für diesen Schaden ein (vgl. RG. 22, 173). Zu strenge Anforderungen sind nicht zu stellen, z. B. ist in dem im Fall des Ersatzes der Exportbonifikation (oben Anm. 101) nicht der Nachweis zu fordern, daß der Käufer Gelegenheit gehabt hätte, die Ware im Ausland zum Auslands- oder im Inland zu Inlandspreisen abzusetzen. Zum Ersatz der Kosten der Untersuchung und Mängelfeststellung bedarf es nicht der Berufung auf § 276 BGB. (oben Anm. 37); wohl aber, wenn Ersatz für Ausbesserungen der Ware beansprucht werden will (s. oben Anm. 54). **§ 377.**

γ) Der Gerichtsstand ist nicht an dem Orte begründet, an dem der Schuldner die geforderte Entschädigung zu zahlen hat, also nicht am Wohnorte des Schuldners, sondern an dem Orte, an dem der Schuldner den Vertrag zu erfüllen hatte (§ 269 BGB.). Denn die Klage gründet sich auf nicht gehörige Erfüllung dieser Verpflichtung; sie ist die streitige Verpflichtung; nach ihr bestimmt sich der Gerichtsstand (§ 29 CPO.; RG. 40, 409; vgl. RG. 32, 432; 55, 425 u. oben Anm. 89). Anm. 106.

g) **Über die Frage, ob der Käufer Nachbesserung verlangen kann, ob der Käufer verpflichtet ist, Nachbesserung oder Lieferung anderer Ware zu verlangen und ob der Verkäufer das Recht hat, andere Waren anzubieten** s. oben Anm. 54 u. 55. Anm. 107.

4. **Das Verhältnis der einzelnen Gewährleistungsrechte zueinander.** Anm. 108.

a) Zunächst braucht der Käufer nur den Mangel anzuzeigen. Er braucht nicht sofort zu erklären, welches Recht er geltend macht. In der Zurverfügungstellung liegt noch nicht die Erklärung der Wandelung, sondern nur, daß die gelieferte Ware als Vertragserfüllung zurückgewiesen wird. Der Käufer kann dann immer noch mangelfreie Ware verlangen. Aber der Verkäufer kann sich darüber Gewißheit verschaffen, ob der Käufer Wandelung oder das Recht, andere Ware zu verlangen, geltend machen will. Er kann nämlich dem Käufer, indem er sich zur Wandelung oder zur Lieferung einer anderen Ware erbietet, eine angemessene Frist zur Erklärung setzen, ob er eines dieser Rechte verlange. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann der Käufer auf diese Rechte nicht mehr zurückkommen und bleibt auf die anderen ihm zustehenden Rechte beschränkt (§ 466 BGB.). Gemäß §§ 467, 356 BGB. wird die Erklärung von allen Verkäufern an alle Käufer zu richten sein. Übrigens erreicht der Verkäufer auch durch die Klage auf Zahlung Klarheit. Denn infolge der prozessualen Erklärungspflicht muß der Käufer erklären, welches Recht er geltend macht (oben Anm. 21).

b) Hat der Käufer eines der beiden Rechte (Wandelung oder Lieferung einer mangelfreien Sache) gewählt, ist sodann die Wandelung vollzogen oder hat sich der Verkäufer mit Lieferung einer mangelfreien Sache einverstanden erklärt, und kommt nun der Käufer mit der Rückgewähr der von ihm zurückzugebenden Sachen oder eines erheblichen Teiles in Verzug (oben Anm. 71 u. 97), so kann ihm der Verkäufer eine angemessene Frist zur Rückgewähr unter der Androhung bestimmen, daß er die Annahme der Sachen ablehnen werde. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird das Recht des Käufers (auf Wandelung oder) auf Lieferung einer mangelfreien Sache unwirksam (§§ 467, 480, 354 BGB.), d. h. der Käufer hat seine Rechte selbst aufgegeben. Es gestaltet sich alsdann die Sache nicht etwa so, daß der ursprüngliche Kaufvertrag wieder aufleben könnte, oder daß dem Käufer nun das Preisminderungsrecht zustände (so anscheinend Planck § 467 Anm. 2 g) noch auch sind die Grundsätze des § 325 BGB. über die Unmöglichkeit der Erfüllung anzuwenden (a. M. Brandis DJZ. 06, 594). Es bleibt vielmehr nur ein Schadensersatzanspruch wegen Nichtrückgabe der Sachen gemäß § 347 BGB. übrig. Dies schreibt § 467 BGB. vor (vgl. oben Anm. 66 u. 71; OLG. Marienwerder Seuffa. 58, 435; Dernburg II 2 § 186 V; Cosack BR. I § 127 Anm. 3 d u. f). Der Schadensersatzanspruch des Verkäufers geht mindestens auf Zahlung eines dem Kaufpreis entsprechenden Betrages. Anders verhält es sich, wenn der Wandelungsberechtigte von § 283 Anm. 109.

Digitized by Google

§ 377. BGB. Gebrauch macht und nun der Wandelungsverpflichtete nicht mehr zurückgewähren kann oder will. Denn die §§ 283, 325 Abs. 2 BGB. gewähren ausdrücklich Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nicht nur Schadensersatz wegen Nichtrückgabe der Sachen (hierüber Erk. zu § 374 Anm. 149 ff.).

Anm. 110. c) Durch die Geltendmachung des Rechts auf Wandelung wird der Käufer in der Ausübung seiner übrigen Rechte nicht behindert (JW. 00, 842[11]), wohl aber durch die Vollziehung der Wandelung, d. h. durch die beiderseitigen Einverständniserklärungen oder durch das rechtskräftige Urteil (vgl. jedoch Erk. zu § 374 Anm. 149 und jetzt ebenso JW. 07, 361[3]). Für die Geltendmachung des Rechts auf Lieferung anderer Waren gilt das gleiche (JW. 05, 492[16]). Darüber, wie es sich verhält, wenn das Recht auf Nachbesserung eingewendet wird, s. oben Anm. 55. Die Wandelungsklage kann mit der Klage auf Nachlieferung in der Weise verbunden werden, daß der Käufer dem Verkäufer nach § 264 BGB. die Wahl einräumt (Braunschweig OLGR. 8, 446). Vgl. auch oben Anm. 70 und 82.

Anm. 111. d) Durch die Geltendmachung des Minderungsanspruchs trotz Kenntnis des Mangels wird das Recht der Wandelung wegen desselben Mangels jedenfalls ausgeschlossen (Näheres oben Anm. 70 und 82). Wandelungs- und Preisminderungsbegehren stehen an sich in unvereinbarem Gegensatz (oben Anm. 70). Wenn daher alternativ auf Wandelung oder Minderung geklagt wird, so ist eine solche Klage dahin zu verstehen, daß, falls das Vorgebrachte zur Rückgängigmachung des Vertrags nicht ausreicht, der Vertrag bestehen bleiben und der Preis gemindert werden soll. Daß diese fürsorgliche Antragstellung zuerst auf Minderung lauten müsse und dann erst auf Wandelung gehen dürfe (Oertmann § 465, 1 cγ), ist nicht anzuerkennen.

Anm. 112. e) Mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann die Wandelungs- oder Minderungsklage ebenfalls verbunden werden, wenn beide in ein fürsorgliches Verhältnis gesetzt sind; denn grundsätzlich sind beide Ansprüche miteinander unverträglich, können also nicht miteinander verbunden werden (OLG. Bamberg, SeuffA. 59, 437). Das Wahlrecht ist erst verloren, wenn die Wandelung oder Minderung vollzogen ist. In RG. 58, 178 wird Gewicht darauf gelegt, daß der Besteller des Werks von Anfang an zu erkennen gegeben hatte, daß er das Werk unter keinen Umständen behalten wolle. Deshalb wird der Übergang dort zugelassen, weil es sich um denselben Anspruch handle. Allein darauf, daß der Besteller von Anfang an zurückgeben wollte, wird es nicht ankommen, weil der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung wohl zur Zurückgabe der Sache führen kann, dadurch aber dieser Anspruch noch nicht zu einem Wandelungsanspruch wird (oben Anm. 87 und Erk. zu § 374 Anm. 42 ff.). Über die Beziehungen des Schadensersatzes wegen schuldhaft mangelhafter Vertragserfüllung zu den übrigen Gewährleistungsansprüchen s. oben Anm. 104.

Anm. 113. f) Über das Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zur Anfechtung wegen Irrtums siehe oben Anm. 56 und wegen Betrugs oben Anm. 56 und unten Anm. 177.

Anm. 114. 5. **Die Haftung für Mängel wird ausgeschlossen:**

a) Durch eine vor Erstattung der Mängelrüge erfolgte Genehmigung der Ware. Diese Genehmigung liegt in Anerkennung der Faktura, die dem Käufer die Mängel der Ware deutlich mitgeteilt hat (SeuffA. 55 Nr. 24). Durch Schweigen auf eine solche Faktura begibt sich der Käufer noch keines Rechts; er braucht noch nicht einmal auf eine solche Faktura hin zu rügen (JW. 04, 341[10]). Wenn aber zu diesem Schweigen noch Umstände hinzukommen, welche in Verbindung damit ein Einverständnis mit der mangelhaften Lieferung und eine Genehmigung der Ware deutlich machen, so wird das Schweigen allerdings erheblich. Es kommt überhaupt darauf an, ob das nach Treu und Glauben zu beurteilende Gesamtverhalten des Käufers nur als Genehmigung aufgefaßt werden kann (JW. 02, 134[46]). Alsdann ist eine nachfolgende Mängelrüge bedeutungslos.

Anm. 115. b) Durch die nicht erfolgte Anzeige gemäß § 377; außer im Falle arglistigen Verschweigens gemäß § 377 Abs. 5 (unten Anm. 154).

Anm. 116. c) Durch nachträglichen Verzicht auf die Wirkungen gehöriger Mängelanzeige (oben Anm. 36). Ein solcher Verzicht liegt in jeder Handlung des Käufers, in der ein

Digitized by Google

Aufgeben seiner Rechte enthalten ist; also in der nachträglichen Genehmigung. Der Genehmigung steht regelmäßig der Umtausch, die Sicherstellung, Wechselausstellung, erlangte Stundung und vor allem Zahlung des Kaufpreises gleich. Doch ist vorschußmäßige Zahlung keine Genehmigung; solche vorschußweise Zahlung z. B. ist die Zahlung gegen ein Dispositionspapier (Kauf gegen Konnossemente usw.; Exk. zu § 372 Anm. 46 b). Zahlung ist auch dann nicht Genehmigung, wenn die Ware vor der Zahlung nicht untersucht werden konnte, insbesondere wenn bei der Verschiffung zu zahlen war, oder wenn dem Verkäufer arglistige Täuschung zur Last fällt (ROHG. 11, 185; 15, 217). Auch in einer Teilzahlung kann schon eine Genehmigung enthalten sein (RG. in Holdheim 04, 302). Auch in dem Umfüllen von zur Verfügung gestellten Wein kann nach Handelsgebrauch Genehmigung liegen, wenn dem Verkäufer nicht kenntlich gemacht ist, daß darin keine Genehmigung liegen soll (OLG. Karlsruhe, BadRpr. 04, 9). Darüber, ob die Zurücknahme der Klage, in der die Mängelanzeige zugleich gemacht war, auch als Zurücknahme der Mängelanzeige anzusehen ist, entscheiden die Gründe der Zurücknahme, und ob sich daraus der Verzichtswille des Käufers ergibt (RG. 59, 154). Ist die Mängelanzeige in einem Antrag auf Sicherung des Beweises enthalten, so verliert die Anzeige ihre Wirkung durch Zurückweisung des Antrages nicht, wenn der Antrag dem Verkäufer zugegangen war; vgl. über den Verlust der Gewährleistungsansprüche durch Veräußerung und Gebrauch der Kaufsache oben Anm. 67 f. und 83. § 377.

d) **Dadurch, daß der Käufer die Mängel der verkauften Sache beim Abschlusse des Kaufs kennt** und zwar die rechtliche Bedeutung der Mängel in ihrer Gesamtheit (§ 460 BGB.; RG. im Recht 05, 471[1812]). Auch dann haftet der Verkäufer regelmäßig nicht, wenn der Mangel einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft dem Käufer aus grober Fahrlässigkeit unbekannt war (RG. in Holdheim 14, 285). So muß z. B. ein Bankier oder eine Bank die Nichtlieferbarkeit einer Aktie kennen (RG. in DJZ. 03, 405). Indessen ausnahmsweise haftet er auch bei grober Fahrlässigkeit des Käufers; nämlich dann, wenn er die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder den Fehler arglistig verschwiegen hatte (§ 460 BGB.). Die Kenntnis des Käufers vom Mangel schließt die rechtliche Erheblichkeit des arglistigen Verschweigens aus, und es nützt in diesem Falle dem Käufer auch kein Vorbehalt etwas (RG. 55, 214). Anders, wenn es sich um Arglist bei der Erfüllung des Vertrags handelt (folg. Anm.). Anm. 117.

e) **Wenn der Käufer die Sache annimmt, obgleich er den Mangel kennt** (§ 464 BGB). Damit ist der Fall gemeint, in dem Vertragsschluß und Übergabe zeitlich auseinanderfallen (JW. 01, 785). Erfolgt die Übergabe gleichzeitig mit dem Abschluß des Kaufvertrages, so kommen die in Anm. 117 dargestellten Grundsätze zur Anwendung. Daß der Käufer bei der Annahme der Kaufsache den Mangel hätte erkennen müssen, d. h. die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis genügt hier nicht, um dem Käufer seine Gewährleistungsrechte zu entziehen. Die Gewährleistung ist daher nicht schon ausgeschlossen, wenn der Mangel ein augenfälliger war oder dem Käufer bei Aufwendung einiger Sorgfalt nicht hätte unbekannt bleiben können (nach früherem Recht anders RG. bei Gruch. 37, 993). Derartige Umstände können aber für die Unterstellung einer Genehmigung von Bedeutung werden (oben Anm. 114). Hat sich der Käufer, was er zu beweisen hat (§ 348 Anm. 19), seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehalten, so verbleiben ihm diese Rechte. Dieser Vorbehalt ist auch dann nötig, wenn der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen haben sollte, weil der Käufer auch hier den Folgen aus seiner Kenntnis der Fehler und der trotzdem geschehenen Annahme vorbeugen muß (RG. 55, 215; JW. 02 Beil. 262[181]). Ohne diesen Vorbehalt geht der Käufer sogar seiner Rechte wegen unerlaubter Handlung verlustig (RG. 59, 105). Anm. 118.

Unter dem **Begriff der Annahme** ist hier dasselbe zu verstehen, was in § 341 Abs. 3 BGB. als Annahme der Erfüllung, in § 363 BGB. mit Annahme als Erfüllung und in § 640 Abs. 2 BGB. als Abnahme bezeichnet ist (RG. 57, 338; 64, 240). In RG. 57, 339; 59, 380; 64, 240 ist der Satz aufgestellt, daß nicht jede nur äußerliche Hinnahme der Leistung, sondern nur eine solche Hinnahme als Annahme der Erfüllung genügt, welche unter Hinzunahme des Verhaltens des Empfängers vor und bei der Hinnahme zu

Digitized by Google

§ 377. erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne. Die Annahme als Erfüllung enthält ein doppeltes; nämlich einmal die Übergabe und dann noch die Empfangnahme mit dem Willen, die Ware als Erfüllung anzunehmen, also Eigentum zu erwerben, d. h. mit einem Verhalten, das auf Billigung der Vertragsleistung schließen läßt, aber nach allgemeinen Grundsätzen noch keine Billigung enthält. Andernfalls wäre die Bestimmung des § 464 BGB. zwecklos. Daher darf hier das Verhalten des Käufers nicht wieder daraufhin geprüft werden, ob es eine Billigung der Ware enthält. Der Gesetzgeber will durch § 464 BGB. einen Akt treffen, der sich nach verständiger billiger Beurteilung der Umstände des einzelnen Falles, wobei auch ein Schweigen des Käufers erheblich werden kann (RG. 59, 381), als Empfangnahme der Kaufsache seitens des Käufers darstellt in der Absicht, sie in Vollzug des Kaufvertrags zu behalten. Dieser Akt gilt nach dem Willen des Gesetzgebers als Genehmigung der Ware, wenn der Käufer dem Akt nicht durch einen Vorbehalt bei der Annahme seine Bedeutung entzieht. Im allgemeinen ist der Augenblick des Gefahrüberganges, also der Übergabe (oben Anm. 45) der Augenblick der Annahme als Erfüllung und der Zeitpunkt, in dem der Vorbehalt zu machen ist (RG. 58, 263; bei Grundstücken auch schon die Auflassung, wenn sie der Übergabe vorangeht; JW. 02 Beil. 156). Weist der Käufer jedoch die Ware vor der Empfangnahme schon zurück oder erklärt er, daß er die Ware zwar annehme, aber nur für Rechnung des Verkäufers zur Aufbewahrung oder nur zum Zweck der Besichtigung und Erprobung, so trifft ihn kein Nachteil; denn die Ware ist nicht angenommen. Dasselbe muß gelten, wenn bei der Postzusendung der Ware der Vorbehalt unmittelbar nach der Annahme erfolgt. Da die Vorschrift des § 464 BGB. davon ausgeht, es sei der Käufer in der Lage gewesen, aus vorhandenen, ihm bekannten Mängeln die gesetzlichen Folgen abzuleiten, so kann nur eine Empfangnahme des Käufers selbst und solcher Personen in Betracht kommen, die hier als seine Vertreter in der Annahme als Erfüllung gelten können. Die Kenntnis eines seiner Vertreter muß sich der Käufer bei Gesamtvertretung zurechnen lassen (RG. 59, 408; § 166 Abs. 1 BGB.). Als Vertreter in der Erfüllungsannahme können nicht seine Leute gelten, die nur zur körperlichen Empfangnahme der Kaufsache berechtigt waren. Hier kann der Käufer den Vorbehalt noch unverzüglich nach erlangter Kenntnis machen, wenn dieser Zeitpunkt mit dem Zeitpunkt der bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang zu erlangenden Kenntnis zusammenfällt. Der Spediteur ist aber regelmäßig eine zur Erfüllungsannahme berechtigte Persönlichkeit, auch wenn er nicht besonders bevollmächtigt ist (RG. 64, 240). Durch vorbehaltslose Annahme einer Teillieferung begibt sich der Käufer nur der Rechte hinsichtlich dieses Teils (OLG. Kolmar im Recht 04, 45[141]; § 348 Anm. 19); anders wenn die Kaufsache unteilbar ist. Weiteres über die Annahme als Erfüllung siehe unten Anm. 128 und Erk. zu § 348 Anm. 19.

Anm. 119. Über die Form und den Inhalt des Vorbehalts gilt das zu § 348 Anm. 19 Dargelegte. In der Mängelanzeige ist der Vorbehalt des § 464 BGB. keineswegs ohne weiteres enthalten (RG. 64, 238; a. M. v. Staudinger § 464 Ziff. 7). Vorbehalt und Mängelrüge können bei Ablieferung und Empfangnahme unter Anwesenden zusammenfallen, wenn die Mängelrüge den Vorbehalt enthält und so rechtzeitig erfolgt, wie dies für einen wirksamen Vorbehalt nötig ist. Anders beim Übersendungskauf. Hier darf die Sache nicht in Kenntnis der Mängel angenommen werden, um eine als solche rechtzeitige Mängelrüge nachfolgen zu lassen. Die Mängelrüge hat auch nur für beiderseitige Handelskäufe Bedeutung, während § 464 BGB. allgemeine Geltung besitzt. Endlich sind Mängel durch eine wenn auch nur gesprächsweise Mitteilung gehörig angezeigt. Der Vorbehalt ist dagegen auch als ein stillschweigender Vorbehalt denkbar und erheischt immer eine Erklärung andern Inhalts als die Mangelrüge; auch ist Ablieferung der Kaufsache, worauf sich die Mängelanzeige bezieht, etwas anderes als Annahme.

Anm. 120. Der Verlust der Gewährleistungsansprüche nach § 464 BGB. zieht auch den Verlust aller Ansprüche wegen arglistiger Täuschung und arglistigen Verschweigens nach sich, sollte dieser Anspruch auch aus unerlaubter Handlung nach § 823 BGB. oder aus einer Verletzung der guten Sitten nach § 826 BGB. hergeleitet werden (RG. 59, 105).

Digitized by Google

f) Durch Vereinbarung des Gewährleistungsausschlusses. Solche Vereinbarungen sind jedoch nichtig, wenn der Verkäufer die Mängel nicht nur fahrlässig, sondern arglistig verschwiegen hat (§ 476 BGB.). Das bloße Denken an die Möglichkeit eines Fehlers oder das Wissenmüssen (dolus eventualis) reicht nicht hin (vgl. JW. 03, 435[13]). Es muß also der Verkäufer sich der allgemeinen verkehrsüblichen Erheblichkeit und der Erheblichkeit für den Käufer wirklich bewußt gewesen sein und die Absicht gehabt haben, den Käufer darüber zu täuschen (JW. 04, 359[13]; 05, 79[16]); daher trifft § 476 BGB. nicht zu, wenn der Käufer sich durch die gutgläubige Versicherung des Verkäufers, die Kaufsache habe gewisse Fehler nicht, zum Verzicht auf Gewährleistung bestimmen ließ (JW. 03 Beil. 33[67]). Der Satz, daß der Verkäufer verpflichtet wäre, alle ihm bekannten Umstände, welche nach vernünftigem Ermessen für die Willensentschließung des Käufers erheblich sein könnten, diesem mitzuteilen (so JW. 03 Beil. 99[228]), geht zu weit; hierüber und über den Begriff arglistigen Verschweigens siehe unten Anm. 148ff. Durch arglistiges Verschweigen wird nur die Gewährleistung für den einzelnen arglistig verschwiegenen Fehler wieder in Kraft gesetzt. Es wird also nicht die ganze Ausschließungsvereinbarung nichtig. Nur bei Anfechtung wegen Betrugs kommt es nach § 139 BGB. darauf an, ob der ganze Vertrag auch ohne den nichtigen Teil nach § 139 BGB. geschlossen worden wäre. Der Haftungsausschluß bezüglich nicht arglistig verschwiegener Fehler bleibt daher im Falle des § 476 BGB. in Kraft (RG. 62, 122). Der Ausschluß der Gewährleistung enthält zugleich den Verzicht auf Anfechtung wegen Irrtums hinsichtlich solcher Mängel, die zur Erhebung von Gewährleistungsansprüchen nach § 459 BGB. berechtigt hätten (RG. 61, 171), so daß also der Käufer die Gefahr eines Irrtums trägt. Nicht aber erstreckt sich dieser Verzicht auf solche Mängel, die so wesentlich erscheinen, daß sie die Kaufsache zu einer anderen Sache machen (vgl. oben Anm. 56). Über besondere Vereinbarungen siehe § 360 Anm. 3—5 (Klauseln „tel quel“ und „wie besehen“) sowie unten Anm. 187. § 377. Anm. 121.

g) Wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft worden ist (§§ 461, 1219, 1235, 1237 BGB., §§ 806, 820, 825 CPO.; vgl. § 368 Anm. 40ff.). Ob die Mängel offene oder heimliche sind oder auf dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft beruhen, macht nach dem Gesetz keinen Unterschied. Anm. 122.

6. Die Beweislast. Anm. 123.

a) Zunächst hat der Verkäufer die Ablieferung zu beweisen (RG. 5, 30).

b) Steht die Ablieferung fest, so muß der Käufer die rechtzeitige und gehörige Mängelanzeige als Vorbedingung zur Geltendmachung seiner Rechte beweisen. Zu diesem Zweck muß er schon in seiner Klagebegründung die Rechtzeitigkeit der gehörigen Mängelrüge darlegen; er darf damit nicht warten, bis der Verkäufer die Genehmigung behauptet. Der Käufer muß also im einzelnen durch Tatsachen dartun, wann die Ware abgeliefert und wann die Mängelanzeige abgesendet worden ist (ROHG. 2, 337; 4, 46; 6, 210; 7, 309; 9, 222; 23, 171; RG. 3, 101; 5, 30; RG. II 215/04, Urt. v. 10. 5. 04), bei verborgenen Mängeln auch, wann die Untersuchung vorgenommen worden ist. Die allgemeine Behauptung, man habe bald nach Ankunft oder unverzüglich nach der Ablieferung gerügt, ist ungenügend (RG. 3, 101; 5, 30; Bolze 13 Nr. 430). Die angegebenen drei Zeitpunkte müssen so genau dargelegt werden, daß dem Gegner eine genügende Einlassung möglich ist und der Richter sich ein Urteil bilden kann, ob, die Wahrheit der Behauptungen des Käufers vorausgesetzt, der Käufer dem § 377 in allen Teilen genügt hat (ROHG. 4, 46). Darauf, daß die Darlegung in dieser Art vollständig gemacht wird, hat der Richter von Amts wegen zu achten (ROHG. 23, 171; RG. 5, 30; anscheinend anders Bolze 5 Nr. 665). Macht der Käufer geltend, daß er aus besonderen Gründen nicht zu rügen brauche, so trifft ihn die Beweislast dafür. Bei verborgenen Mängeln muß er auch beweisen, daß der Mangel nicht sofort erkennbar war (ROHG. 7, 430). Es ist von ihm nicht immer das Datum der Entdeckung zu verlangen, wohl aber müssen die näheren Umstände der Entdeckung so genau angegeben werden, daß danach beurteilt werden kann, ob die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht worden ist. Die Fragepflicht des Richters kommt ergänzend hinzu (§ 139 CPO.). Erst dann Anm. 124.

Digitized by Google

§ 377. werden die angetretenen Beweise erheblich. Damit ist dem Grundsatze nicht widersprochen, daß der Verkäufer alle, auch die verborgenen Mängel, zu vertreten hat und sich von dieser Haftung nur durch den Beweis befreien kann, daß der Käufer die Mängel gekannt hat oder als offensichtliche erkennen mußte (ROHG. 10, 155). Der im allgemeinen widersprechende Verkäufer braucht eine solche Behauptung nicht einmal ausdrücklich aufzustellen, wenn schon aus den eigenen Angaben des Käufers sich das Nichtvorhandensein eines Gewährleistungsanspruchs wegen Augenfälligkeit des Fehlers ergibt (RG. 44, 275). Will der Käufer dartun, daß der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen habe, so hat der Käufer dies ebenso zu beweisen wie besondere Vereinbarungen über den Erlaß oder die Beschränkung der Anzeigepflicht.

Anm. 125. c) Wenn die rechtzeitige und gehörige Mängelanzeige feststeht, dann handelt es sich um die Frage, welche Eigenschaft der Verkäufer zu gewähren hatte. Bemängelt der Käufer das Fehlen gesetzlicher oder gewöhnlich vorausgesetzter Qualität, so trifft ihn dafür keine Beweislast. Nur wenn streitig wird, ob die betreffende Eigenschaft in der Tat gewöhnlich vorausgesetzt wird, muß der Käufer dafür den Beweis übernehmen. Behauptet der Käufer die Vereinbarung einer bestimmten Eigenschaft (oben Anm. 41), wozu auch der Kauf nach Probe gehört, so hat beim Spezieskauf der Verkäufer zu beweisen, daß er so erfüllen durfte, d. h. daß keine Eigenschaft zugesichert war. Steht die Zusicherung fest, so muß der auf Erfüllung klagende Verkäufer beweisen, daß er die Kaufsache mit der zugesicherten Eigenschaft geliefert hat (JW. 07, 509[9]; a. M. Kipp-Windscheid 9 § 321 S. 322 u. 6./7. Aufl. auf Grund von ROHG. 20, 352 u. RG. 28, 30, wo aber nichts entschieden ist). Diese Ansicht ist eine Folge des Satzes, daß der Käufer auch eine bestimmte Sache wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften zurückweisen und sich auf den Standpunkt stellen kann, es sei überhaupt nicht erfüllt (oben Anm. 3; Exk. zu § 374 Anm. 42). Beim Gattungskauf verhält es sich nicht anders, weil in den Behauptungen des Käufers lediglich ein motiviertes Leugnen des Klagegrundes und nicht eine selbständige und gegenüber dem Vorbringen des Verkäufers neue Behauptung liegt; so z. B. wenn der Käufer behauptet, daß die Ware nach Vereinbarung nur einen geringeren Prozentsatz einer Beimischung enthalten dürfe, oder genau so ausfallen müsse wie die vorige Sendung, oder daß die Ware Primaqualität darzustellen habe. In diesen Fällen besteht Streit über den Gegenstand des Kaufs. Der Käufer behauptet, es sei eine andere Ware zu liefern, als der Verkäufer nach seiner Ansicht zu liefern verpflichtet ist (vgl. § 360 Anm. 9 u. Exk. zu § 382 Anm. 7). Man kann nicht sagen, der Käufer müsse beweisen, weil seine Behauptung sich als eine Ausnahme von der Regel darstelle, daß nach § 360 Ware mittlerer Güte zu liefern sei (vgl. RG. 57, 49). Handelt es sich um Ausfallmuster (oben Anm. 33), so muß der Verkäufer die Bedeutung des Musters als Ausfallmuster sowie die Übereinstimmung des Musters mit der Ware beweisen. Hinsichtlich des Beweises über den Vertragsschluß und die Preisbestimmung s. Exk. vor § 373 Anm. 84 u. 85, sowie hinsichtlich des Kaufs nach Probe Exk. zu § 382 Anm. 7.

Anm. 126. d) Steht die zu leistende Eigenschaft außer Zweifel, so muß beim Gattungskauf der Verkäufer, der die Zahlung des Preises fordert, beweisen, daß die Ware die vertragsmäßige Eigenschaft besitzt, und zwar auch dann, wenn der Käufer in Annahmeverzug geraten ist (RG. 5, 28). Der Käufer muß nur die Fehler ausreichend bestimmt bezeichnen, damit den Verkäufer der Beweis für gehörige und vollständige Vertragserfüllung trifft. Dieser Pflicht genügt der Verkäufer regelmäßig durch den Nachweis der Absendung der Ware in vertragsmäßigem Zustande (§ 447 BGB.). Die Beweislast ändert sich dadurch, daß der Käufer über eine quantitativ unvollständige Leistung verfügt hat, nicht (JW. 90, 206[20]). Dies alles gilt zunächst dann, wenn der Käufer den vorausbezahlten Kaufpreis zurückverlangt, weil er die mangelhafte Ware zurückgewiesen hat und zurücktritt (ROHG. 11, 185; 15, 217; Bolze 19 Nr. 557 und 5 Nr. 1165; Hamburg OLGR. 6, 355). Dieser Grundsatz findet sich auch in RG. 41, 223 unter Bezugnahme auf §§ 345, 358 HGB. ausgesprochen. Er gilt auch, wenn der Verkäufer klagt und der Käufer die Zahlung weigert, ohne vom Vertrag abzugehen (ROHG. 8, 222). Dieser Grundsatz gilt aber nicht, wenn der Käufer die ihm übergebene Kaufsache als vertragswidrig zurückweist und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagt; hier muß der Käufer die Nichterfüllung, d. h. die Vertragswidrigkeit

Digitized by Google

beweisen. Eine Eigentümlichkeit ergibt sich, wenn die vereinbarte Herkunft einer Ware durch Untersuchung nicht festzustellen ist. Hier muß der Käufer mangels eines entgegenstehenden Handelsgebrauchs sich vorbehaltlich des von ihm zu erbringenden Gegenbeweises mit dem Nachweis des Verkäufers begnügen, daß die Ware den Ursprung haben kann (RG. 47, 124). Darüber, wie es sich verhält, wenn die Ziehung von Stichproben genügt, s. oben Anm. 15. § 377.

Beim Kauf einer bestimmten Sache hat der den Kaufpreis einklagende Verkäufer die vertragsmäßige Beschaffenheit der Ware zu beweisen (oben Anm. 125). Denn durch eine andere Sache kann der Vertrag nicht erfüllt werden. Der Käufer bestreitet, daß der Verkäufer durch Lieferung der versprochenen Sache erfüllt habe. Die Erfüllung muß der Verkäufer aber wie beim Gattungskauf dartun (RG. 3, 98; 5, 29; vgl. RG. 52, 355; 41, 223) und zwar auch dann, wenn der Käufer behauptet, daß der Fehler bei Vertragsabschluß nicht vorhanden gewesen sei. Alsdann hat der Verkäufer zu beweisen, daß die Ware sich in demselben Zustand wie zur Zeit des Gefahrenüberganges befunden hat, oder daß er für den Fehler nicht verantwortlich ist (Hellbach im Recht 05, 8). Klagt der Käufer aber auf Grund der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB. unter Zurückweisung der ihm übergebenen Ware auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (RG. 52, 355), so hat er die Nichterfüllung, d. h. das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft, zu beweisen (RG. II 126/07, Urt. v. 2. 7. 07).

e) Die Beweislast kehrt sich um im Falle besonderer Vereinbarung. Dies ist der Fall beim Kauf „Kasse gegen Dispositionspapiere", d. h. bei einem Kauf schwimmender Ware, bei dem der Verkäufer zunächst durch Übergabe des Konnossements erfüllt, und der Käufer nun gleichfalls zu leisten hat. Der Verkäufer hat vorschußweise zu zahlen. Will er dies nicht, so kann er sich nur durch Beweis der Mangelhaftigkeit befreien (hierüber Näheres Exk. zu § 372 Anm. 46b). Die Beweislast kehrt sich ferner um, wenn der Käufer dem Verkäufer schuldhafterweise oder durch ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten die Beweisführung unmöglich macht oder erschwert hat (RG. 5, 28; 20, 5; 60, 152); z. B. durch Verbrauch oder Verlieren der vereinbarungsgemäß aufzubewahrenden Probe (RG. 11, 36); nicht aber gilt dieser Satz für den Annahmeverzug des Käufers (ROHG. 21, 260). Insbesondere kehrt sich die Beweislast um, wenn der Käufer ohne Beachtung des § 379 Abs. 2 oder, ohne sonst dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Feststellung der Qualität zu gewähren, die Ware verkauft (ROHG. 19, 102; Bolze 5 Nr. 1141). Sie kehrt sich aber nicht um, wenn der Käufer die Erfordernisse des § 379 beobachtet hat (Bolze 19 Nr. 558). Anm. 127.

Die Beweislast kehrt sich auch kraft gesetzlicher Vorschrift um. Hat nämlich der Käufer die Kaufsache als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er behauptet, daß die Kaufsache eine andere als die geschuldete, unvollständig oder mangelhaft, d. h. in geringerer Qualität oder Quantität geliefert worden sei (§ 363 BGB.; RG. 57, 400; Exk. vor § 373 Anm. 86). Dieser Grundsatz gilt auch für den Kauf eines Geschäfts (oben Anm. 5 u. 42; Exk. vor § 373 Anm. 3; Hamburg OLGR. 12, 46). Es ist schon oben Anm. 118 und § 348 Anm. 9 im allgemeinen dargelegt, was man unter Annahme als Erfüllung zu verstehen hat, und daß es dabei sehr auf die Lage des einzelnen Falles und eine billige Beurteilung ankommt. Die bloße Empfangnahme der Ware oder des Konnossements ist danach noch keine Annahme als Erfüllung (RG. 3, 89) auch nicht die Zahlung des Kaufpreises vor Ablieferung der Ware (ROHG. 15, 217). Die Ware darf vom Käufer ohne Gefahr in Empfang genommen und untersucht (Exk. zu § 372 Anm. 46ff.), auch zum Zweck der Untersuchung erprobt werden. Weist der Käufer die Ware als nicht empfangbar sofort zurück, so greift § 363 BGB. nicht Platz (ROHG. 7, 236; 11, 185). Dasselbe gilt, wenn der Käufer die Ware gar nicht in Empfang nimmt, sondern sie zur Verfügung stellt und es nicht einmal zur Ablieferung kommen läßt (RG. 5, 29; oben Anm. 29). Diese Umkehrung der Beweislast ist nicht von einer Kenntnis der Fehler seitens des Käufers abhängig. Kannte der Käufer die Fehler bei der Annahme, so verliert er überhaupt alle Rechte (oben Anm. 118). Der Anwendungsfall des § 363 BGB. ist vielmehr gerade der, wenn der Käufer ohne Kenntnis des Mangels oder irrtümlich eine fehlerhafte Ware angenommen hat, und zwar selbst dann, wenn sich die Ware auf ihre Beschaffenheit nicht untersuchen ließ (Mot. II 205; Prot. I 637). Daher ist die Einkellerung oder die Umfüllung des gekauften Weines Erfüllungsannahme (vgl. OLG. Darmstadt im Recht 04, 165[730]); ebenso Anm. 128.

Digitized by Google

§ 377. die Aufstellung einer Maschine und deren Ingebrauchnahme, im Gegensatz zu bloßer Erprobung (JW. 07, 331[7]; 509[9]) und überhaupt jede Verfügung über die Ware im Sinne des Behaltenwollens (JW. 07, 509[8]). Auch die Ablieferung an den Spediteur des Käufers und dessen widerspruchslose Annahme genügt dem § 363 BGB. Durch einen Vorbehalt bei der Annahme kann dem Akt die Bedeutung der Erfüllungsannahme entzogen werden, jedoch hat der Vorbehalt hier eine ganz andere Bedeutung als im Falle des § 464 BGB. (oben Anm. 118). Dort beseitigt der Vorbehalt den Begriff der Erfüllungsannahme nicht; hier aber soll ein Vorbehalt die Erfüllungsannahme überhaupt ausschließen. Daher genügt hier kein allgemeiner Vorbehalt, weil dieser sich mit dem Begriff der Erfüllungsannahme in Widerspruch setzen und den § 363 BGB. grundsätzlich beseitigen würde. Noch weniger reicht ein Vorbehalt aus, die Fehlerlosigkeit oder Vertragsmäßigkeit werde nicht anerkannt; denn dieser Vorbehalt versteht sich hier von selbst, wo es sich nicht um Genehmigung der Ware handelt (RG. 20, 6; 57, 399; v. Staudinger § 363 II a Note 3; § 459 VIII II 6). Wohl aber reicht es hin, wenn der Käufer erklärt, er nehme die Ware nur für Rechnung und namens des Verkäufers an. Die Mängelrüge ist an sich kein Vorbehalt, der der Annahme als Erfüllung irgendwie entgegenstände. Denn die Rüge ist die Vorbedingung dafür, daß der Käufer überhaupt Rechte geltend machen darf. (Die Sache ist hier eine andere als oben Anm. 119.) Vgl. auch Erk. vor § 373 Anm. 86.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und das sich daraus nach §§ 320—322 BGB. ergebende Recht, die eigene Leistung zu verweigern, wird dem Käufer dadurch, daß ihm § 363 BGB. die Beweislast auferlegt, nicht verkürzt (OLG. Stuttgart, WürttJ. 18, 1).

Anm. 129. Ein besonderer Anwendungsfall des in § 363 BGB. aufgestellten Grundsatzes der Umkehrung der Beweislast (oben Anm. 128) ist gegeben, wenn der Käufer, der gehörig gerügt hat, nun Ersatz fehlender Stücke verlangt (ROHG. 1, 167: der Käufer hatte die gelieferten Aktien als Erfüllung angenommen und Ersatz der fehlenden Coupons begehrt) oder Preisminderung geltend macht (ROHG. 6, 104; RG. 20, 7; Bolze 5 Nr. 1141 u. 1165; RG. im Recht 03, 339[1820]). Daher kann bei der Preisminderung der Gesichtspunkt der älteren Lehre, daß der Käufer, der die Ware weiterveräußert oder verbraucht, dem Verkäufer den Beweis erschwere, nicht in Betracht kommen (vgl. oben Anm. 83), weil der Käufer den Minderwert zu beweisen hat. Aber auch der Käufer, der wandeln will, muß den seinen Anspruch rechtfertigenden Mangel und die Vertretungspflicht des Verkäufers beweisen (RG. 57, 399; SeuffA. 60, 220). Dasselbe muß gelten, wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 463, 480 BGB. beansprucht wird. Über die Beweislast, wenn bei der Wandelung der Käufer nicht zurückgewähren kann, siehe oben Anm. 66 u. 71.

Anm. 130. f) Den Beweis des Verschuldens bei der Schadensersatzklage wegen mangelhafter Erfüllung (oben Anm. 100 ff.) hat der Käufer zu führen (a. M. 6./7. Aufl.). Die frühere Rechtsprechung hatte angenommen, es müsse sich der Verkäufer, sobald feststeht, daß vertragswidrig geliefert worden ist, durch den Nachweis der Aufwendung gehöriger Sorgfalt entlasten (RG. 21, 205; 22, 172; 25, 114; Bolze 1 Nr. 477; 21 Nr. 475). Der Anspruch, wie er sich unter der Herrschaft des neuen Rechts gestaltet hat, besteht in einem Anspruch auf Ersatz des Schadens, den der Verkäufer dem Käufer durch vertragswidriges Verhalten bei Erfüllung seiner Pflichten aus dem abgeschlossenen Vertrag verursacht. Dies ist der Grund des Anspruchs des Käufers. Diesen Grund muß der Käufer beweisen und zwar sowohl nach der Richtung, daß dem Verkäufer nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles eine Verpflichtung zur Aufwendung der gedachten Sorgfalt in der Erfüllung nach dem Parteiwillen treffe als auch nach der Richtung, daß und wodurch der Verkäufer diese Pflicht verletzt hat, und daß diese Verletzung die Ursache des Schadens war (vgl. § 347 Anm. 16; zust. RG. II 115/07 Urt. v. 9. 7. 07). Die bloße Lieferung einer vertragswidrigen, fehlerhaften Sache genügt also nicht zur Annahme einer Verantwortung nach § 276 BGB. (RG. in LZ. 07, 505). Dem allgemein gültigen Satz, daß, wer seine Vertragspflicht nicht erfüllt oder nicht erfüllen kann, den Beweis zu erbringen hat, daß ihm keine Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, wird damit nicht widersprochen.

Anm. 131. g) Macht der Verkäufer geltend, daß der Käufer die Sache in Kenntnis des Mangels abgenommen hat (§ 464 BGB.), so muß er dies beweisen. Macht der Käufer hiergegen

Digitized by Google

geltend, daß er sich seine Rechte wegen des Mangels vorbehalten habe, so hat er dies zu beweisen (vgl. RG. 53, 38 u. 358). § 377.

h) Macht ein Teil besondere Vereinbarungen über die Gewährleistung geltend, so hat der Teil zu beweisen, der sie vorbringt und Rechte daraus herleitet (vgl. jedoch oben Anm. 125, 126 u. Erk. zu § 382 Anm. 7 im Gegensatz zu 6./7. Aufl. allg. Einl. Anm. 33 ff.). Anm. 132.

7. **Verjährung der Gewährleistungsansprüche** (§§ 477 ff. BGB.). Anm. 133.

a) Auf welche Ansprüche bezieht sich diese kurze sechsmonatliche Verjährung? Auf die sämtlichen Gewährleistungsansprüche, die das BGB. gewährt, also auf den Anspruch auf Wandelung, auf Minderung, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft, auf den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache (§§ 477, 480 BGB.). Letzteres auch dann, wenn der Käufer in der Klage die Mangelhaftigkeit nicht erwähnt und erst auf den Einwand der bereits erfolgten Lieferung hin geltend macht, die erste Sendung sei mangelhaft gewesen (ROHG. 4, 183; OLG. Dresden SächsA. 6, 686), oder wenn eine andere Sorte derselben Ware geliefert ist (RG. bei Holdheim 05, 24). Auch dann gilt nichts anderes, wenn der Verkäufer die Ware zurückgenommen hat (RG. 5, 50). Im Falle arglistigen Verschweigens bestimmt § 477 Abs. 1 BGB. ausdrücklich eine Ausnahme. Die ordentliche Verjährung des § 195 BGB. greift hier Platz.

Auch auf Schadensersatzansprüche wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung (oben Anm. 100 ff.) findet die kurze Verjährung Anwendung (unten Anm. 143). Es ist kein Unterschied zu machen zwischen der Haftung aus besonderen Zusagen und infolge Verletzung der Pflicht zur Aufwendung gehöriger Sorgfalt in der Erfüllung (RG. 53, 200; 56, 166; RG. II 411/06 Urt. v. 12. 3. 07; Posen OLGR. 8, 68; a. M. 6./7. Aufl.; Staub DJZ. 03, 389 u. Mueller DJZ. 06, 703). Besteht das Verschulden aber in arglistigem Verschweigen, so ist gemäß § 477 Abs. 1 BGB. auch hier nur die ordentliche 30jährige Verjährung anwendbar. Handelt es sich nicht um Schadensersatz infolge mangelhafter Lieferung der Kaufsache, sondern um Schadensersatz infolge nachlässiger Ausführung anderer Verpflichtungen, so ist die Anwendung des § 477 BGB. gleichfalls ausgeschlossen (vgl. RG. 64, 43). Von der kurzen Verjährung werden auch die auf Grund der Wandelung geltend zu machenden Nebenansprüche wie Kosten der Erhaltung, Aufbewahrung usw. getroffen. Anm. 134.

Keine Anwendung findet die Verjährung auf Ansprüche aus der vollzogenen Wandelung oder Minderung (§§ 465, 480 BGB.). Diese Ansprüche stützen sich nicht mehr auf den Mangel, sondern auf die Vereinbarung der Parteien. Dasselbe gilt jedoch nicht, wenn der Verkäufer sich mit Lieferung einer mangelfreien Sache einverstanden erklärt hat. Sollte die Ersatzware unter dem Vorbehalt geliefert werden, daß der Anspruch auf Lieferung mangelfreier Ware aus dem Vertrag noch nicht erledigt sein sollte, so versteht sich dies von selbst. Würde ein solcher Vorbehalt nicht gemacht, so sollte die Ersatzlieferung immerhin zur Erfüllung des ursprünglichen Vertrages dienen. Es beginnt daher mit Lieferung der Ersatzware im Falle ihrer Mangelhaftigkeit die kurze Verjährung von neuem (vgl. JW. 04, 406[11]). Auch der anerkannte Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache unterliegt der kurzen Verjährung. Anm. 135.

b) Nur auf Qualitätsfehler bezieht sich die Verjährung und auf die Quantitätsfehler, auf die nach § 378 der § 377 ebenfalls Anwendung findet, sowie auf die Lieferung eines aliud, soweit nach § 378 der § 377 Anwendung findet (vgl. wegen der Begründung dieses Grundsatzes Anm. 5 zu § 378). Anm. 136.

Also findet die kurze Verjährung keine Anwendung, wenn eine ganz andere Sache, nicht nur eine andere Sorte, geliefert worden ist (OLG. Marienwerder SeuffA. 58, 135; OLG. Hamburg SeuffA. 60, 194). Dagegen macht das Gesetz keinen Unterschied zwischen heimlichen und offenen oder solchen Fehlern, die erst nach gewisser Zeit sich zeigen können. Für alle gilt die kurze Verjährung (unten Anm. 145). Ausgeschlossen sind von § 477 BGB. die Ansprüche wegen Nichterfüllung anderer Zusagen, wie sie oben Anm. 8 ff. aufgeführt sind, und aus Garantiezusagen (oben Anm. 45), z. B. einer gewissen künftigen Höhe

Digitized by Google

§ 377. der Dividenden verkaufter Aktien (RG. bei Holdheim 04, 251) und aus Zusicherung von Nebenrechten verkaufter Aktien. Zusicherungen letzterer Art fallen unter §§ 437 Abs. 1, 440 Abs. 1 BGB. und verjähren nach § 195 BGB. (RG. 56, 255). Auch dann soll § 477 BGB. ausgeschlossen sein und die ordentliche 30jährige Verjährung des § 195 BGB. laufen, wenn die verkauften Aktien trotz Zusicherung der Güte ihrer tatsächlichen Unterlagen minderwertig sind, weil kein Sachmangel vorliege (RG. 59, 240; hierüber Näheres § 381 Anm. 1 ff.).

Anm. 137. c) Die Verjährung dauert sechs Monate seit der Ablieferung.

α) Mit dem Augenblick der Ablieferung nimmt die Verjährung ihren Lauf (darauf ob die Mängel entdeckt werden konnten, kommt es nicht an; hierüber unten Anm. 144). Diese Regel gilt auch für Sukzessivlieferungsgeschäfte. Auf die Ablieferung der einzelnen Rate kommt es an (KG. OLGR. 12, 57). Diese Regel erleidet eine Ausnahme, wenn die Parteien Gegenteiliges vereinbart haben (unten Anm. 188 ff.). Eine solche abweichende Vereinbarung liegt im Zweifel nicht darin, daß die Frist zur Erstattung der Mängelanzeige zufolge Vereinbarung oder Handelsgebrauch durch Verlegung der Untersuchungspflicht an einen anderen Ort als den Ablieferungsort verlängert wird (RG. in LZ. 07, 289 [7]). Hat die Ablieferung vor dem Vertragsabschluß stattgefunden, so beginnt die Verjährung mit dem Vertragsschluß und, wenn der Vertragsschluß rechtlich unwirksam war (z. B. wegen Fehlens der obervormundschaftlichen Genehmigung) mit Erteilung dieser Genehmigung, die hier keine rückwirkende Kraft hat (§ 184 BGB.; JW. 07, 248 [9]). Darüber, daß unter Ablieferung die tatsächliche Möglichkeit für den annehmenden Käufer zu verstehen ist, die Kaufsache durch streng einseitigen Akt in Gewahrsam zu nehmen, sie zu untersuchen und über sie zu verfügen, s. oben Anm. 16. Man hat in § 477 BGB. den Ausdruck „Übergabe" durch „Ablieferung" ersetzt, um die Übereinstimmung mit § 377 herzustellen (JW. 05, 79 [17]).

β) Die Verjährung wird unterbrochen:

Anm. 138. αα) wie zu § 160 Anm. 2 und 3 im allgemeinen dargelegt, nach § 209 BGB.: Durch Klageerhebung und gleichgestellte Akte [Zustellung des Zahlungsbefehls, Anmeldung zum Konkurs, Aufrechnung im Prozeß (RG. 50, 299; 57, 374), Streitverkündung, Vornahme einer Vollstreckungshandlung] und nach § 208 BGB. durch formloses Anerkenntnis (im Wege der Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung, Ausstellung eines Besserungsscheins oder in jeder anderen Kundgebung, aus welcher auf die Überzeugung des Anerkennenden von dem Bestehen des Anspruchs zu schließen ist). Also nur durch Klage, und zwar selbst bei einem unzuständigen Gericht wird die Verjährung unterbrochen, nicht aber durch Einrede (arg. § 209 BGB.) und nicht durch den Antrag auf Abweisung einer Feststellungsklage, die dahin geht, daß dem Beklagten kein Anspruch zustehe (RG. 60, 387 u. 391; JW. 07, 302 [8]) und nicht durch eine negative Feststellungswiderklage, wohl aber durch eine positive Feststellungswiderklage (RG. 60, 391; JW. 06, 222 [4]). Die durch Klageerhebung erfolgte Unterbrechung wird durch Klagezurücknahme (§ 271 ZPO.; RG. 33, 394; 52, 329) und ebenso durch Abweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, Unzuständigkeit des Gerichts, mangelnder Aktivlegitimation oder fehlender gesetzlicher Vertretung wieder aufgehoben, so daß die Unterbrechung als nicht erfolgt gilt. Nur ein in der Sache selbst entscheidendes Urteil hat die Wirkung, daß mit dessen Rechtskraft eine neue Verjährung beginnt (§ 212 Abs. 1 BGB.). Abweisung angebrachtermaßen, also wegen mangelhafter tatsächlicher Begründung oder als verfrüht ist ein Urteil in der Sache selbst (RG. 52, 139). Nach § 212 Abs. 2 BGB. muß der Käufer aber innerhalb 6 Monaten von neuem klagen oder nach § 209 BGB. unterbrechen, um sich die Wirkung der Unterbrechung zu sichern. Das Anerkenntnis, das nach eingetretener Verjährung erfolgt, hat keine Bedeutung; es wäre denn, daß es als Anerkennungsvertrag nach §§ 780, 781 BGB. mit den Wirkungen des § 222 Abs. 2 BGB. in Betracht käme.

Anm. 139. ββ) außerdem aber auch noch durch den Antrag des Käufers auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises nach §§ 485, 488 ZPO. (§ 477 Abs. 2 BGB.); vorausgesetzt, daß dieser Antrag nicht rechtskräftig zurückgewiesen wird (OLGR. 3, 10). Weiteres s. Exk. zu § 379 Anm. 8.

Digitized by Google

γ) Die Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung eines Gewährleistungs- § 377.
anspruchs unterbricht oder hemmt auch die Verjährung der andern (§ 477 Anm. 140.
Abs. 3 BGB.). An und für sich muß der Unterbrechungsakt den ganzen Anspruch betreffen. Deshalb unterbricht die Einklagung eines Teils des Anspruchs die Verjährung des ganzen Anspruchs nicht, mag auch die Teilklage die Betätigung des ganzen Rechtsanspruchs in sich schließen (RG. 57, 373; anders nach früherem Recht RG. 22, 314; 39, 217 u. 360; 60, 387). Die Teilklage muß vielmehr vor Ablauf der Verjährung auf das Ganze erweitert werden. Die bloße Ankündigung der Erweiterung in einem Schriftsatz genügt nach § 281 CPO. nicht (JW. 07, 302[5]). Dasselbe gilt von den der Klageerhebung gleichstehenden Handlungen, insbesondere von der Aufrechnung. Letztere wirkt daher nur bis zur Höhe des Betrags unterbrechend, für den die Aufrechnung im Prozeß geltend gemacht worden ist (RG. 50, 299; 57, 375). Nach demselben Grundsatze unterbricht eine Feststellungsklage, die auf Feststellung der Schadensersatzpflicht gerichtet ist, die Verjährung des Schadensersatzanspruchs, und die Feststellungsklage auf Bestehen oder Fortdauer des Vertrags den Anspruch auf Schadensersatz wegen Vertragsverletzung (RG. 62, 417). Es wird die Verjährung nicht nur durch Erhebung der dem besonderen Anspruch entsprechenden besonderen Klage, sondern auch dann unterbrochen, wenn die Klage im wesentlichen den gleichen Zweck verfolgt und die Einrede der Klageänderung nicht durchgreift (vgl. RG. 54, 221). Durch Erhebung einer Gewährleistungsklage wird die Verjährung der anderen Gewährleistungsklagen unterbrochen. Wird also der Käufer mit der Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung mangels des Beweises abgewiesen, daß die zugesicherte Eigenschaft schon zur Zeit des Vertragsschlusses gefehlt hat (§ 463 Satz 1 BGB.), so war mit dieser Klage auch die Verjährung des Wandelungs- und des Minderungsanspruchs bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Schadensersatzanspruchs unterbrochen (§ 211 BGB.); nicht aber unterbricht die Klage für die Zinsen auch zugunsten der Hauptforderung (vgl. JW. 05, 717[5]). Selbstverständlich unterbricht die auf einen Mangel gestützte Gewährleistungsklage nicht die Verjährung hinsichtlich anderer Mängel (OLG. Hamm im Recht 06, 243[447]). Die Streitverkündung muß in dem Prozeß erfolgen, von dessen Ausgang der Anspruch selbst abhängig ist; aber es braucht der Rechtsstreit nicht für den in der Streitverkündung bezeichneten Anspruch präjudiziell zu sein (RG. 58, 76 u. RG. in HansGZ. 04 Hptbl. 293). Ob eine ausländische Klage oder Streitverkündung die Verjährung unterbricht, hängt von Verbürgung der Gegenseitigkeit ab (vgl. RG. 49, 344; unentschieden RG. 55, 240). Denn es muß doch die Möglichkeit einer rechtskräftigen Entscheidung oder Anerkennung des ausländischen Urteils nach § 328 CPO. gegeben sein. Fehlt es hieran, so ist die Klage nie anhängig geworden. Eine wirksame Streitverkündung kann aber nur in einem anhängigen Rechtsstreit erfolgen. Dagegen ist in RG. 61, 390 einer demande en garantie in einem holländischen Rechtsstreit unterbrechende Wirkung ohne diese Rücksicht beigelegt, weil § 209 Abs. 2 Ziff. 4 BGB. nicht unterscheide, ob der Rechtsstreit im Inland oder im Ausland geführt wird, und der Ausgang des Prozesses ohne Einfluß sei. Eine Anerkennung hinsichtlich des Grundes des Anspruchs unterbricht auch hinsichtlich des Betrages (RG. 63, 389).

δ) Die Vollendung der Verjährung bewirkt, daß der Anspruch im Klageweg Anm. 141.
gemäß § 222 Abs. 1 BGB. nicht mehr geltend gemacht werden kann. Die einredeweise Geltendmachung des verjährten Anspruchs ist dagegen zugelassen, wenn der Käufer vor Ablauf der Verjährung den Mangel angezeigt oder mindestens die Anzeige an den Verkäufer abgesendet oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und dem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreit dem Verkäufer den Streit verkündet hat (§ 478 BGB.). In diesen Fällen darf der Käufer noch nach Vollendung der Verjährung Zahlung verweigern. Daß einfache Mängelanzeige nach § 377 die Einrede nicht erhalte, weil nicht bloße Mitteilungen der Mängel genügten, sondern zu fordern sei, daß der Käufer noch weiter zu erkennen geben müsse, er wolle auf seine Rechte nicht verzichten (so Dernburg

Digitized by Google

§ 377. im Recht 03, 137, Planck § 478 Anm. 3a), kann nicht zugegeben werden (RG. 59, 152). Das Gesetz enthält keine derartige Vorschrift. Die Anzeige des Mangels hat nur den Zweck, dem Verkäufer die Möglichkeit zu geben, seine Rechte, z. B. durch Beweissicherung, zu wahren. Über Zurücknahme der Anzeige gilt das oben Anm. 116 Gesagte. Die ursprünglich beabsichtigte Vorschrift, daß die dem § 478 BGB. genügende Mängelanzeige überhaupt unverzüglich nach erlangter Kenntnis von dem Mangel erfolgen müsse, ist absichtlich entfernt worden (Prot. I 703). Bei Handelskäufen muß aber § 377 beobachtet werden, sonst sind alle Rechte verloren. Die in § 478 BGB. gegebene Einrede reicht nicht weiter, als der Käufer, wenn die Verjährung nicht vollendet wäre, auf Wandelung oder Preisminderung mit Erfolg klagen könnte. Auf diesen Standpunkt muß sich der Käufer stellen. Dazu kann ihn der Verkäufer nach § 466 BGB. nötigen. Wählt der Käufer die Wandelung, so ist es nicht Sache des Verkäufers, die Rückgewähr der Kaufsache noch besonders zu begehren; der Käufer muß sie anbieten (a. M. Planck § 378 Anm. 2a Eccius in Gruch. 43, 322). Die Rückgewährpflicht ist eine selbstverständliche aus der Wandelung sich ergebende Pflicht (vgl. RG. 59, 93). Die Einrede versagt daher, wenn der Käufer die Kaufsache nicht zurückgeben kann und die Unmöglichkeit vor dem Vollzug der Wandelung vom Käufer verschuldet war (oben Anm. 66 u. 71). Hat der Käufer, der von der Einrede der Wandelung Gebrauch macht, einen Teil des Kaufpreises bezahlt, so ist die Klage des Verkäufers auf Zahlung des Restkaufpreises zurückzuweisen, wenn der Käufer dem Verkäufer einen dem Restkaufpreis entsprechenden Teil der Kaufsache zur Zurücknahme anbietet. Die Zurückerstattung der bereits erfolgten Kaufpreisanzahlung kann der Käufer mit der Wandelungseinrede nicht erreichen; denn § 478 BGB. gibt nur das Recht der Leistungsverweigerung. Wohl aber gelangt der Käufer nach den Grundsätzen über Zahlung einer Nichtschuld zur Rückerstattung, weil dem Anspruch des Verkäufers eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung dauernd ausgeschlossen war (§ 813 Abs. 1 BGB.). Man kann hier nicht (mit OLG. Hamburg in LZ. 07, 234[2]; OLGR. 12, 266; Ritter im Recht 07, 225) noch den weiteren Unterschied machen, ob die Anzahlung auf den Kaufpreis vor oder nach der Mängelanzeige oder einer der gleichgestellten Handlungen erfolgt ist. Der Behauptung, daß vor Erstattung der Mängelanzeige die Einrede des Käufers keine nach § 813 Abs. 1 BGB. dauernd ausschließende sei, läßt sich entgegenhalten, daß der Käufer bei Kenntnis der tatsächlichen Lage und der ihm zustehenden Rechte nicht bezahlt haben würde, also eine Nichtschuld bezahlt hat.

Anm. 142. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und der Anspruch auf Lieferung mangelfreier Ware sowie alle aus Nichterfüllung dieses Anspruchs sich ergebenden Rechte können sogar trotz Ablaufs der Verjährung zur Aufrechnung verwertet werden, wenn die Anzeige des Mangels (oben Anm. 141) oder eine gleichstehende Rechtshandlung (Antrag auf Beweissicherung, Streitverkündung) vor Ablauf der Verjährnug erfolgt war (§§ 479, 480 BGB.). Diese Aufrechnung findet jedoch nur gegen Forderungen aus demselben Rechtsgeschäft statt. Die Aufrechnung gegen Forderungen aus anderen Geschäften ist ausgeschlossen (RG. 12, 324; 56, 167; Hamburg OLGR. 8, 73; a. M. 6./7. Aufl. u. Marcus im Recht 05, 40). Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu der sie zur Aufrechnung verwendet werden konnte, noch nicht verjährt war (§ 390 Satz 2 BGB.). Es käme nach § 390 BGB. also darauf an, ob zu irgendeinem Zeitpunkt vor Vollendung der Verjährung die später verjährte Forderung aufrechenbar war. Von diesem Grundsatz macht § 479 BGB. insofern eine Ausnahme, als er noch die vor Vollendung der Verjährung vorzunehmenden Handlungen des Käufers (Mängelanzeige usw.) verlangt, wenn der Käufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen hatte. Im übrigen ändert er nichts an § 390 Satz 2 BGB.

Anm. 143. Der neben den Gewährleistungsansprüchen bestehende Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Lieferung einer mangelhaften Sache (oben Anm. 104) unterliegt denselben Verjährungsvorschriften wie diese (oben Anm. 134). Dieser Anspruch unter-

Digitized by Google

liegt aber auch ebenso wie die Gewährleistungsansprüche, der soeben erwähnten Ausnahme- § 377.
vorschrift des § 479 BGB. (RG. 56, 171; 53, 203), denn er leitet seine Berechtigung aus derselben Grundlage her (oben Anm. 103). Es kann also nach eingetretener Verjährung ein Anspruch aus schuldhafter Vertragserfüllung nur dann zur Aufrechnung verwendet werden, wenn dieser Anspruch aus demselben Kaufgeschäft herrührt und der Käufer vor vollendeter Verjährung eine der in § 478 BGB. vorgeschriebenen Handlungen (Mängelanzeige usw.) vorgenommen hat (hierüber oben Anm. 141 u. 142). Diese Handlungen sind nicht nötig, wenn der Verkäufer arglistig verfahren ist (unten Anm. 146).

d) **Aus dem Gesagten ergibt sich, daß Fehler, die erst nach Ablauf von sechs Monaten nach der Ablieferung entdeckt werden,** auch wenn sie schon früher vorhanden waren, kein Recht auf Gewährleistung geben, weder ein Recht zur Wandelung, noch ein Recht zur Preisminderung, noch ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugesicherter Eigenschaften, noch ein Recht auf Lieferung mangelfreier Ware. Denn alle diese Rechte verjähren in sechs Monaten und können nach Ablauf der Verjährung auch einrede- bzw. aufrechnungsweise nur geltend gemacht werden, wenn sie vorher angezeigt waren. Ob die frühere Anzeige deshalb nicht möglich war, weil der Fehler vorher nicht entdeckt wurde oder nicht zu entdecken war, ob die Fehler offene oder heimliche oder beim Abschluß schon im Keime vorhanden waren, ob den Käufer eine Versäumnis trifft oder nicht, ist gleichgültig (RG. 61, 177, oben Anm. 136). So läßt sich z. B. bei Maschinen regelmäßig erst nach Ablauf einer gewissen Zeit nach der Ablieferung ein bestimmtes Ergebnis mit Sicherheit feststellen. Trotzdem beginnt die Verjährung mit der Ablieferung (JW. 03, 244[26]; oben Anm. 137). Der hierin liegenden Härte kann unter Umständen eine verständige Vertragsauslegung dahin begegnen, daß die Parteien die Verjährung erst mit dem Augenblick beginnen lassen wollten, in dem die Entdeckung des Fehlers bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang möglich war. Ein Zurückgreifen auf die Anfechtung wegen Irrtums hinsichtlich solcher erst nach Ablauf der Verjährung entdeckter Gewährleistungsfehler ist nicht zulässig (oben Anm. 56). Anm. 144.

e) **Die Verjährung ist nicht von Amts wegen zu berücksichtigen.** Nur bei Ausschlußfristen ist das anders, auf die aber die Vorschriften über die Verjährung überhaupt keine Anwendung finden (RG. 19, 134; 26, 64; 28, 392; 48, 164; JW. 04, 55[8]; 06, 111[9]). Die Verjährung jedoch berechtigt nur zur Verweigerung der Leistung und muß als Einrede vorgeschützt werden (vgl. § 159 Anm. 12). Anm. 145.

f) **Die Verjährungsvorschriften greifen nicht Platz, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.** Dann fällt also die kurze Verjährung fort und ebenso bestehen die Einreden dauernd, auch wenn der Käufer den Mangel weder angezeigt, noch durch den Antrag auf Sicherung des Beweises oder durch Streitverkündung dem Verkäufer gegenüber innerhalb der Verjährungsfrist geltend gemacht hat (§§ 477 Abs. 1, 478 Abs. 2, 480 BGB.; JW. 04, 359[18]). Dieser Grundsatz ist ein zwingender, so daß ihn der inländische Richter auch dann anzuwenden hat, wenn das Rechtsverhältnis nach ausländischem Recht zu beurteilen ist (Art. 30 EG. z. BGB.; RG. 46, 196). Über den Begriff der arglistigen Verschweigung siehe unten Anm. 148ff.). Aus dieser Behandlung des arglistigen Verschweigens ergibt sich die Eigentümlichkeit, daß die Verjährung die ordentliche 30jährige ist (§§ 477, 195 BGB.), während derselbe Anspruch, wenn er als unerlaubte Handlung geltend gemacht wird, der 3jährigen Verjährung nach § 852 BGB. unterliegt, gerechnet von dem Zeitpunkt, in dem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat (ROHG. in SeuffA. 31, 183; RG. 33, 225; JW. 07, 358[5]; OLG. Köln im Recht 05, 16[31]; OLG. Hamburg HansGZ. 05, Hptbl. 121). Anm. 146.

g) **Die Verjährungseinrede wird ferner durch die sog. Einrede der Arglist beseitigt.** Zu einer solchen Einrede der Arglist gehört nicht gerade, daß das arglistige Verhalten des Schuldners unmittelbar den Zweck gehabt haben müßte, den Gläubiger von Unterbrechung der Verjährung abzuhalten. Es genügt das Bewußtsein, daß das Verhalten z. B. das Verhandeln über die Höhe eines dem Grunde nach nicht bestrittenen Anspruchs den Gläubiger bei ver- Anm. 147.

Digitized by Google

§ 377. ständiger Beurteilung in Sicherheit wiegen und in den Glauben versetzen müsse, er brauche die Verjährung nicht zu unterbrechen, er habe von dem Schuldner die Einrede der Verjährung nicht zu befürchten (RG. 64, 223). Bei Beurteilung dessen, was verständig ist, kommen die Grundsätze von Treu und Glauben, die Persönlichkeiten (Kaufmann, Nichtkaufmann) und die Umstände des einzelnen Falles in Betracht. Ob dieses arglistige Verhalten, das von der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs während der Verjährung abgehalten hat, als ein gegen die guten Sitten verstoßendes sich darstellen muß (so RG. 64, 223), oder ob ein gegen Treu und Glauben verstoßendes arglistiges Verhalten genügt (so RG. 32, 143; unentschieden in der Begründung RG. 57, 376; 60, 392) bedeutet keinen sachlichen Unterschied. Beides fällt hier zusammen (vgl. § 346 Anm. 19 u. Exk. zu § 346 Anm. 9). Die Einrede der Arglist verjährt nicht wieder ihrerseits; sie läßt die Verjährungseinrede gar nicht zur Entstehung gelangen.

IV. Der besondere Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels durch den Verkäufer.

Anm. 148. **A. Voraussetzung ist arglistiges Verschweigen eines Mangels.**

1. Der Begriff arglistigen Schweigens ist durch die Rechtsprechung im Anschluß an die Auslegung weiterentwickelt, die dem Worte „Betrug" in dem früheren Art. 350 zu teil geworden war. Der Begriff des arglistigen Verschweigens eines Mangels verlangt nur ein auf Täuschung des Käufers gerichtetes und geeignetes Handeln. Es wird nicht noch weiter verlangt, daß der Käufer durch das arglistige Verschweigen zur Versäumung der Untersuchung und Mängelrüge bestimmt worden ist (RG. 55, 216; Näheres hierüber unten Anm. 155). Hierin liegt ein Unterschied gegenüber der arglistigen Täuschung, die die Anfechtbarkeit nach § 123 BGB. zur Folge hat (hierüber unten Anm. 162). Weil hier kein Erfolg verlangt wird, muß der Begriff des arglistigen Verschweigens strenge aufgefaßt werden; daher enthält die Behauptung dolosen Handelns noch nicht die Behauptung arglistigen Verschweigens in dem hier maßgebenden Sinn (RG. II 539/04 Urt. v. 9. 5. 05).

Der Verkäufer verschweigt noch nicht arglistig, wenn er die Mangelhaftigkeit der Ware kannte und die Ware dennoch verkauft oder liefert. Der Verkäufer kann sehr wohl von der völlig loyalen Erwartung geleitet sein, daß die Abweichung wegen ihrer Unerheblichkeit oder, weil die Ware trotz der Abweichung einen selbständigen Wert besitzt, überhaupt nicht beanstandet werde oder der Käufer durch Zugeständnisse (Preisnachlässe, Zusicherung besserer Lieferung für die Zukunft) etwaige Bemängelungen fallen lasse. Erweisliche Kenntnis des Verkäufers von dem Mangel reicht daher nicht zur Annahme arglistigen Verschweigens hin (ROHG. 2, 192; 4, 49; 5, 323; RG. 1, 300; Bolze 4 Nr. 713; JW. 06, 86[5]). Daher braucht der Verkäufer dem Käufer nicht zu offenbaren, daß die Ware schon vorher von einem anderen mit Recht zur Verfügung gestellt war; jedoch verhält es sich anders, wenn der Verkäufer dazu noch die Ware als streng reelle anbietet. Ein Satz des Inhalts (wie er in JW. 03 Beil. 99[223]; SeuffA. 58, 314 aufgestellt und von Beer DJZ. 04, 88 bekämpft ist), daß der Verkäufer nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet sei, alle ihm bekannten Umstände, die nach vernünftigem Ermessen für die Willensentschließung des Käufers erheblich sein könnten, dem Käufer mitzuteilen, läßt sich nicht aufstellen, obgleich sich Anklänge an diesen Satz in JW. 99, 247[67] u. 378[37] wie in RG. 1, 300 finden. In letzterer Entscheidung wird sogar Arglist angenommen, wenn der Verkäufer das Bewußtsein haben mußte, es sei die Ware für den Käufer unannehmbar, da solchen Falls der Verkäufer darauf spekuliere, es werde der Käufer rechtzeitige Untersuchung und Rüge versäumen. Wären diese Grundsätze richtig, so müßte der Verkäufer dem Käufer die von jedermann im Verkehr anzuwendende Aufmerksamkeit abnehmen, der Käufer dürfte die Warnung, die in der Ausbedingung der Gewährfreiheit und im Ankauf gebrauchter Sachen liegt, unbeachtet lassen, während gerade die Anschauung des Verkehrs und des Gesetzgebers auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht. Daher ist auch die Entscheidung JW. 03 Beil. 99[223] wesentlich in JW. 04, 359[18] u. 06, 329[3] eingeschränkt. Im einzelnen Fall können die Verhältnisse aller-

Digitized by Google

dings so liegen, daß nach der Verkehrsauffassung eine besondere Vertrags- § 377.
pflicht besteht, bekannte, ja selbst nur vermutete (namentlich verborgene) Fehler auch ohne besondere darauf gerichtete Frage mitzuteilen (RG. 49, 51; JW. 04, 167[6]). Eine solche Verkehrsanschauung läßt sich z. B. annehmen beim Verkauf eines bissigen Pferdes, eines mit Schwamm behafteten Hauses (JW. 04, 359[13]; 06, 548[16]). Hier erwartet der Käufer wegen der besonderen Gefährlichkeit und ausnahmsweisen Bedeutung des Mangels selbst die Bekanntgabe eines vom Verkäufer mit Grund gehegten Verdachts. Dieselbe Mitteilungsverpflichtung besteht, wenn der verkaufte Gegenstand bereits Eigentum eines andern geworden (JW. 05, 13[4]) oder die Benutzung des Gegenstandes polizeilich untersagt war (JW. 04, 113[9]). Fragt der Käufer gar danach, ob er mit Sicherheit bestimmte Fehler an der Kaufsache nicht zu gegenwärtigen habe, so ist die Redepflicht ganz offenbar (JW. 06, 329[8]).

Der Arglist steht Absetzung wertloser Ware an einen Unerfahrenen oder Leichtsinnigen zur Erlangung übermäßigen Vorteils an sich nicht gleich. Hier kommen die Grundsätze über Wucher zur Anwendung. Regelmäßig werden die Tatsachen aber so liegen, daß auch die Erfordernisse arglistigen Verschweigens erfüllt sind (vgl. JW. 05, 134[7]).

Erstens ist für den Begriff arglistigen Verschweigens erforderlich, daß die Kenntnis des Anm. 149.
nicht mitgeteilten Mangels für die Willensentschließung des Käufers — sei es hinsichtlich des Abschlusses überhaupt, sei es hinsichtlich des Kaufpreises — erheblich gewesen ist; daß also der Käufer, wenn ihm die wahre Sachlage bekannt gewesen wäre, den Vertrag nicht so abgeschlossen oder die Ware nicht als Vertragserfüllung angenommen hätte. An diesem Zusammenhang fehlt es z. B., wenn ein Sachkenner im Vertrauen auf seine Sachkenntnis auf ein Verschweigen gar keinen Wert legt (JW. 05, 282[3]). Zweitens ist es nötig, daß der Verkäufer die Einsicht und das Bewußtsein hiervon besaß, sowie drittens noch weiter, daß der Verkäufer entweder die Fehler kannte oder mit der Möglichkeit rechnete (nicht nur rechnen mußte), die Ware habe die gedachten Fehler. Aus diesen zwei letzteren Erfordernissen setzt sich die Täuschungsabsicht zusammen (vgl. JW. 99, 247[67] u. 378[37]; 04, 359[13]; 06, 130[1]). Es ist aber immer daran festzuhalten, daß die bloße Möglichkeit, es werde sich der Verkäufer bei gehöriger Aufmerksamkeit und richtigem Denken der Erheblichkeit des Mangels für den Käufer bewußt sein, nicht genügt, weil es am Täuschungswillen fehlt (RG. 55, 210; JW. 04, 359[13]). Im praktischen Ergebnis gestaltet sich die Sachlage danach so:

Erste Möglichkeit: Waren die Mängel zur Zeit der Lieferung überhaupt nicht oder nur mittels genauer sachverständiger Untersuchung erkennbar und hat außerdem der Verkäufer in der Erwartung abgeliefert, der Käufer werde die Mängel nicht entdecken, so wollte der Verkäufer durch bewußt vertragswidrige Lieferung einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen; er handelte arglistig (ROHG. 4, 186; 5, 323; 15, 216; Bolze 4 Nr. 713; JW. 06, 86[5]). Noch mehr ist dies der Fall, wenn der Verkäufer auch noch Zusicherungen, z. B. über die Haltbarkeit für die Seereise, erteilt. Zweite Möglichkeit: Die Mängel waren offene oder doch erkennbare, der Verkäufer hat es aber bewirkt, daß der Käufer die unverzügliche Untersuchung unterließ und deshalb die Mängelrüge versäumte. Dieser Fall ist gegeben, wenn der Verkäufer besondere Veranstaltungen getroffen hat, um bei dem Käufer die Unkenntnis der Mängel aufrechtzuerhalten. Am klarsten zeigt sich dies, wenn der Verkäufer bewußt wahrheitswidrig das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften zugesichert hat (RG. bei Gruch. 48, 334). Dem steht es nicht gleich, wenn der Verkäufer so tut, als sei er über das Bestehen einer solchen Eigenschaft unterrichtet, während das in Wirklichkeit nicht der Fall war. Darin liegt nur Fahrlässigkeit. Im einzelnen Falle kann die Sache so liegen, daß der Verkäufer auf die Gefahr hin, es werde sich seine Behauptung als unwahr herausstellen, dem Käufer eine bestimmte Tatsache als richtig und gewiß hinstellt, ohne selbst etwas über die Wahrheit zu wissen, und sich damit ein arglistiges Verschweigen zuschulden kommen läßt. Selbst in bewußter Übertreibung kann eine Arglist liegen und auch darin, daß der Verkäufer damit rechnet, es werde der Käufer Angaben des Preisverzeichnisses über gewisse zugesicherte Eigenschaften in ihrem Wortlaut und nicht in einem vom Wortlaut ver-

Digitized by Google

§ 377. schiedenen, weit hergeholten Sinne verstehen. Immer ist aber zu beachten, daß auch bei zugesicherten Eigenschaften ein arglistiges Verschweigen erst vorhanden ist, wenn der Verkäufer mindestens mit dem Vorhandensein der Fehler rechnete (nicht nur rechnen mußte, wie v. Henle DJZ. 07, 156 meint) und wußte, daß dem Käufer der Mangel unbekannt sei oder unbekannt sein könne, und daß der Käufer bei Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht so abschließen oder die Ware nicht als Vertragserfüllung annehmen werde. Daß der Verkäufer sich dies oder jenes selbst sagen mußte, mit dem oder jenem rechnen mußte oder nicht rechnen konnte, genügt nicht (RG. 62, 303). Die Versicherung kann auch bei Übersendung der Ware erfolgen. Daher sind solche arglistige Veranstaltungen in absichtlich falscher Verpackung der Ware zu finden, in ihrer täuschenden Bezeichnung, in Bestechung von Angestellten des Käufers wie in allen Handlungen, die den Käufer von gehöriger Prüfung abzuhalten geeignet waren (ROHG. 2, 191; RG. 1, 300). Dasselbe gilt von einer Verfälschung der Ware (RG. in ZHR. 56, 583). Solcher besonderen Veranstaltungen bedarf es übrigens nicht (ROHG. 10, 337; JW. 06, 86[5]; dagegen Bolze 13 Nr. 438; JW. 93, 163); auch sonstige Umstände, selbst das Schweigen kann ein arglistiges Verschweigen sein (hierüber oben Anm. 148). Wenn es sich um augenfällige Fehler handelt, wird allerdings in bloßem Schweigen ein arglistiges Verschweigen nicht leicht anzunehmen sein (vgl. Bolze 11 Nr. 397). Schweigt aber der Verkäufer dort, wo er redlicherweise hätte reden müssen, so wird er sich bei der Unterstellung, er sei auf Täuschung des Käufers ausgegangen, beruhigen müssen. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Verkäufer aus der vertragsmäßigen Ware gezogene Muster dem Käufer übersendet und nachher die bemusterte Ware mit minderwertiger Ware in der Erwartung mischt, der Käufer werde dem Muster vertrauen und nicht rechtzeitig untersuchen (RG. in LZ. 07, 347[2]). Die dritte Möglichkeit ist endlich die, daß die Ware rechtzeitig und gehörig untersucht wurde, die Mängel an sich auch keine verborgenen, aber künstlich doch so vom Verkäufer verdeckt waren, daß die Untersuchung erfolglos sein sollte (RG. 55, 210; 62, 302).

Anm. 150. 2. Die Arglist kann bei Abschluß oder bei Ausführung des Vertrages verübt sein. Eine spätere Arglist fällt nicht darunter, kann aber selbständige Ansprüche für den Käufer erzeugen (ROHG. 2, 191).

Anm. 151. 3. Die Arglist braucht nicht vom Verkäufer persönlich verübt zu sein. Es genügt, daß die Person sie verübt, für deren Handlungen er haftet, also Bevollmächtigte und Gehilfen (Exk. zu § 58 Anm. 27, § 347 Anm. 13). Hier könnte bei der Arglist, die in der Verschweigung des Fehlers beim Kaufabschlusse selbst liegt, das Bedenken obwalten, ob die von dem Bevollmächtigten oder Gehilfen verübte Arglist von dem Verkäufer ohne weiteres zu vertreten ist oder nicht vielmehr lediglich nach den Grundsätzen von der unerlaubten Handlung (also nach § 831 BGB., so daß er durch die Auswahl einer geeigneten Hilfsperson entschuldigt würde; hierüber unten Anm. 174). Allein dieses Bedenken wird durch den Hinweis darauf beseitigt, daß das Gesetz hier besondere Vertragspflichten, nicht nur die Folgen aus unerlaubten Handlungen an das arglistige Vertragschließen knüpft. Die Vermeidung der Arglist ist hier also als Vertragspflicht aufgestellt. In solchem Falle haftet man für die Versehen seiner Bevollmächtigten und Gehilfen, wie für die Versehen bei der Erfüllung geschlossener Verträge. ROHG. 6, 404; 15, 26; RG. 30, 44; unentschieden RG. 61, 211 u. 213). Das redliche Abschließen ist vom Gesetzgeber gewissermaßen schon als Erfüllung einer Vertragspflicht hingestellt, mindestens ihr gleichgestellt. Gegen diese Konstruktion lassen sich allerdings Bedenken erheben. Aber man wird sagen dürfen, daß der Vertretene das Geschäft so hinnehmen muß, wie es von seinem Vertreter abgeschlossen wurde, also mit den dem Geschäft anhaftenden Mängeln. § 166 Abs. 1 BGB. findet allerdings hier nicht unmittelbar Anwendung. Über die Haftung für gesetzliche Vertreter vgl. Exk. zu § 349 Anm. 29 und über die Haftung für Geschäftsvermittler oben Anm. 47.

Anm. 152. 4. Arglist ist hier überall Voraussetzung. Grobe Fahrlässigkeit kann der Arglist in allen hier fraglichen Beziehungen nicht gleichgestellt werden (RG. 62, 300). Der Verkäufer, der eine Eigenschaft zusichert, ohne sich Gewißheit von deren Vorhandensein zu verschaffen, weil

Digitized by Google

er auf die Versicherung eines Dritten vertraut, handelt nur grob fahrlässig, hätte der Verkäufer auch bei Anwendung gehöriger Sorgfalt den Mangel der zugesicherten Eigenschaft erkennen können oder erkennen müssen (JW. 05, 639[3]). Wer also, wenn auch fahrlässig, des guten Glaubens ist, es sei ein Mangel nicht oder nicht mehr vorhanden, handelt selbst dann nicht arglistig, wenn er das Fehlen des Mangels dem Käufer in objektiv unwahrer Weise versichert hat (JW. 03, 535[13]; 05, 79[16]; vgl. JW. 06, 548[16]). Die bloße Möglichkeit, daß sich der Verkäufer bei gehöriger Aufmerksamkeit und richtigem Denken der Mangelhaftigkeit bewußt sein mußte, führt die grobe Fahrlässigkeit noch nicht in Arglist über (JW. 04, 359[13]). In besonderen Fällen kann die Sache aber doch so liegen, daß das Wissenmüssen (dolus eventualis) der Arglist gleichsteht, z. B. wenn der Verkäufer nur für den Fall der Unkenntnis des Käufers von einem Ereignis (Schachteinsturz) die Annahme seines Verkaufsangebots (von Kuxen) hat erhoffen können (JW. 04, 167[6]), oder wenn der Verkäufer durch seine eigenen Handlungen eine Belastung der Kaufsache begründet hat (JW. 03, 435[13]; vgl. RG. 55, 130). § 377.

5. Der Beweis des arglistigen Verhaltens liegt dem Käufer ob, der dadurch seine Rechtslage erleichtern will (ROHG. 4, 49). Der Verkäufer hat die Annahme der Gutgläubigkeit für sich. Er braucht sich nicht erst noch zu entschuldigen, daß er annehmen durfte, der Käufer werde den Fehler erkennen; noch braucht er darzutun, daß sein guter Glaube ein berechtigter war; sonst müßte man die in Anm. 152 abgelehnte Möglichkeit einer fahrlässigen Täuschung unterstellen. Steht das arglistige Verschweigen einmal fest, so kann sich der Verkäufer den Folgen nur durch den Beweis entziehen, daß seine Arglist ohne Einfluß auf den Vertragsschluß gewesen ist, weil der Käufer den Mangel beim Abschluß kannte (oben Anm. 117) oder auf das Verschwiegene kein Gewicht gelegt hätte, auch wenn es ihm mitgeteilt worden wäre (oben Anm. 149). Dagegen nützt ihn der Beweis nichts, daß er die Ware auch dann nicht billiger abgelassen hätte, wenn dem Käufer der Fehler bekannt gewesen wäre (RG. 59, 158). Anm. 153.

B. **Die einzelnen Rechtsfolgen des arglistigen Verschweigens eines Mangels.** Anm. 154.

1. Die Mängelanzeige nach § 377 ist nicht erforderlich (§ 377 Abs. 5). Der Käufer ist also, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, von der Mängelanzeige hinsichtlich dieses Mangels befreit.

a) Nur von der Mängelanzeige hinsichtlich des arglistig verschwiegenen Mangels ist der Käufer befreit. Hatte die Ware andere Mängel, die der Verkäufer z. B. selbst nicht kannte, so tritt die Befreiung insoweit nicht ein. Das geht schon aus der Fassung des § 377 Abs. 5 hervor und entspricht seinem Sinn. Dasselbe muß gelten, wenn das arglistige Verschweigen nur einen Teil einer teilbaren Lieferung betrifft (ROHG. 7, 228).

b) Die Täuschungsabsicht braucht nicht erreicht zu sein, d. h. es ist nicht, wie unter der Herrschaft des früheren Art. 350 (JW. 97, 549[22]) angenommen wurde, erforderlich, daß der Käufer durch die Täuschung zum Unterlassen der Mängelrüge veranlaßt worden ist. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem arglistigen Verschweigen und der Unterlassung der Untersuchung, sowie die Erstattung der Mängelrüge ist nicht nötig (RG. 55, 215; Makower § 377b 1 u. 2; a. M. 6./7. Aufl.). Ebenso bedarf es des besonderen Nachweises eines ursächlichen Zusammenhanges nicht, wenn wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels gewandelt werden will (§§ 460, 463, 480 BGB.). Denn, sobald ein zur Täuschung geeignetes arglistiges Verschweigen und die Absicht, zu täuschen, nachgewiesen ist, so wird der ursächliche Zusammenhang zwischen dem arglistigen Verhalten des Verkäufers und dem Vertragsschluß unterstellt. Kennt der Käufer den Fehler beim Vertragsschluß, so war das arglistige Verschweigen unerheblich, und es fällt die Gewährleistung weg (RG. 55, 214; oben Anm. 117 u. 153). Soll das arglistige Verschweigen bei Abschluß des Vertrags als arglistige Täuschung zur Anfechtung des Vertrags nach § 123 BGB. dienen, so ist der Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges erforderlich (JW. 04, 359[12]; 05, 13[4]). Anm. 155.

c) Die Genehmigung der Ware kann allerdings auch in Fällen arglistigen Verschweigens erfolgen. So z. B. wenn der Käufer die Ware trotz Kenntnis des Mangels ohne Vorbehalt annimmt (§ 464 BGB. oben Anm. 118), oder wenn er die Ware trotz Anm. 156.

Digitized by Google

§ 377. Kenntnis des Mangels in Gebrauch und Benutzung nimmt oder über sie verfügt (vgl. oben Anm. 66, 67 u. 83). Denn nur der in § 377 ausgesprochene, an die Unterlassung unverzüglicher Mängelanzeige geknüpfte Nachteil der Genehmigung fällt im Falle der Arglist fort (RG. 1, 300). Hat eine solche stillschweigende oder eine ausdrückliche Genehmigung stattgefunden, so kann der Käufer auch nicht mehr das arglistige Verschweigen zur Grundlage eines Schadensersatzanspruchs wegen unerlaubter Handlung oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten geltend machen (RG. 59, 105). Alle Rechte sind endgültig verloren.

Anm. 157. 2. **Fehler, die der Käufer infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat,** braucht der Verkäufer im allgemeinen nicht zu vertreten, wohl aber dann, wenn der Verkäufer den Fehler arglistigerweise verschwiegen hat (§ 460 BGB., oben Anm. 117).

Anm. 158. 3. **Der Käufer kann, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen** (§§ 463 Satz 2 BGB.; 480 BGB.). Näheres oben Anm. 85 ff.

Anm. 159. 4. **Vereinbarungen, durch die die Haftung für Fehler ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind nichtig,** wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 476 BGB.). Vgl. oben Anm. 121 u. unten Anm. 187.

Anm. 160. 5. **Die kurze Verjährung von sechs Monaten für die Ansprüche aus der Gewährleistung fällt fort, desgleichen die sechsmonatliche Anzeigepflicht zur Aufrechterhaltung der Einreden,** wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, ebenso die sechsmonatliche Anzeigepflicht behufs Erhaltung des Aufrechnungsrechts bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 477, 478, 479, 480 BGB.). In Fällen der arglistigen Verschweigung eines Fehlers kann vielmehr der Käufer auch nach Ablauf von sechs Monaten auf Wandelung oder Minderung oder auf Lieferung einer mangelfreien Sache klagen, die Leistung verweigern ohne vorherige Anzeige des Mangels, mit dem Schadensersatze wegen Nichterfüllung aufrechnen ohne vorherige Anzeige des Mangels. Es ist nicht nötig, daß das arglistige Verschweigen die Nichtunterbrechung der Verjährung oder die Unterlassung der Anzeige veranlaßt hat (RG. 55, 214; vgl. oben Anm. 155).

Beim Ausschluß der kurzen Verjährung bleibt es auch dann, wenn der Käufer den Mangel entdeckt. Es läuft nicht etwa von da ab die kurze Verjährung. Für eine solche Annahme fehlt es im Gesetze an jedem Anhalt (RG. 55, 215).

Anm 161. 6. **Die Arglist bei Erfüllung des Vertrages begründet außerdem den Tatbestand der schuldhaft mangelhaften Lieferung,** und dieser erzeugt für den Käufer den Anspruch auf Schadensersatz und zwar ohne kurze Verjährung (oben Anm. 134 u. 143). Für seine Bevollmächtigten und Gehilfen haftet hier der Verkäufer wie für sein eigenes Verschen, vgl. Exk. zu § 58 Anm. 27 u. Exk. zu § 349 Anm. 29.

Anm. 162. 7. **Die arglistige Verschweigung eines Fehlers bei Abschließung des Vertrages begründet außerdem das Recht auf Anfechtung des Kaufvertrages** nach § 123 BGB. Jedoch ist zu berücksichtigen, daß bei einem arglistigen Verschweigen, das zur Anfechtung verwendet werden soll, der ursächliche Zusammenhang mit der Entschließung des Käufers, den Vertrag einzugehen, nachgewiesen werden muß (RG. im Recht 05, 223[950]; JW. 03 Beil. 90[209]); d. h. es muß der Käufer durch die Täuschung bestimmt worden sein, was regelmäßig nicht schon deshalb der Fall ist, weil der Verkäufer von Anfang an den Vertrag nicht zu erfüllen beabsichtigte (RG. 48, 284; vgl. RG. 8, 176). Die Gewährleistungsansprüche wegen arglistigen Verschweigens verlangen dagegen einen solchen Zusammenhang nicht (oben Anm. 148 u. 155). Daher ist in der Verneinung arglistigen Verschweigens im Sinne des § 123 BGB. noch nicht die Verneinung arglistigen Verschweigens im Sinne der §§ 460, 463, 480 BGB. und § 377 Abs. 5 enthalten. Bei der Anfechtung wegen arglistigen Verschweigens kommt es nicht darauf an, ob der absichtlich erregte oder unterhaltene Irrtum ein erheblicher war oder nicht, sobald der ursächliche Zusammenhang feststeht (JW. 89, 211[25 u. 26]; 98, 618[60]; 03 Beil. 40[85]). Der Verkäufer kann nur die Täuschung bestreiten, weil der Käufer auch bei

Digitized by Google

Kenntnis des Fehlers abgeschlossen hätte (RG. im Recht 05, 223[950]). Die Gewährleistungs- § 377.
ansprüche finden dagegen wegen unerheblicher Mängel überhaupt nicht statt (§ 459 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Die Anfechtung aus § 123 BGB. erfordert endlich keine gleichzeitige Schädigung des Vermögens des Getäuschten (JW. 03 Beil. 40[85]). Dagegen kann arglistiges Verschweigen sowohl im Sinne des § 123 BGB. als auch im Sinne der §§ 460, 463, 480 BGB. in positiv unwahren Angaben, z. B. über den Absatz des verkauften Geschäfts (JW. 06, 225[8]) erblickt werden (vgl. auch oben Anm. 148 u. 149), wie auch umgekehrt Betrug durch Stillschweigen begangen werden kann, z. B. wenn der Verkäufer bei Abschluß eines langdauernden Vertrags nicht mitteilt, daß er den Betrieb bereits eingestellt hat und daher nicht liefern kann; hier besteht eine Mitteilungspflicht (vgl. auch Exk. zu § 346 Anm. 27). Wird die Nichtigkeit mit der Feststellungsklage geltend gemacht, so ist dazu ein weitergehendes Interesse nötig, als das, welches an bloßer Feststellung der Nichtigkeit besteht (RG. 61, 242). Es muß also die Erhebung der Leistungsklage untunlich gewesen sein.

Die erfolgreiche Anfechtung zieht die Nichtigkeit des Geschäfts nach sich, setzt aber voraus, daß die Anfechtung nicht durch das eigene Verhalten des Anfechtungsberechtigten ausgeschlossen wurde, und daß außerdem rechtzeitig eine gehörige Anfechtungserklärung erfolgt ist. Das Erfordernis gehöriger Anfechtungserklärung kann nicht dadurch beseitigt werden, daß der Getäuschte auf Grund der §§ 823, 826 die Rückgängigmachung des Vertrags begehrt (unten Anm. 170).

a) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Geschäft vor der Anfechtung Anm. 163.
vom Anfechtungsberechtigten bestätigt wird (§ 144 BGB.). Diese Bestätigung enthält einen zulässigen Verzicht auf die Anfechtung. Dieser Verzicht ist formfrei, daher kann eine solche Bestätigung auch in einem Schriftsatz (RG. 48, 218; 49, 392) und sogar stillschweigend erfolgen. Der Prozeßbevollmächtigte ist zu einer solchen Bestätigung befugt (Exk. zu § 374 Anm. 78). Die Bestätigung kann durch alle Handlungen erfolgen, die einer Genehmigung gleichstehen; die Bestätigung setzt daher die Kenntnis des Anfechtungsgrundes und ferner voraus, daß die Bestätigung nicht ebenfalls von der Täuschung beeinflußt war (RG. 60, 373). So verzichtet der Getäuschte auf sein Anfechtungsrecht durch jede rechtliche und tatsächliche Verfügung über die Kaufsache (RG. im Recht 05, 77[264]; OLG. Dresden SächsA. 14, 226); insbesondere durch Veräußerung (RG. 26, 185). Mit einem Verschulden an der Unmöglichkeit der Rückgewähr hat dieser Ausschließungsgrund nichts zu tun (über letzteres unten Anm. 165), sondern es beruht diese Ausschließung auf der Auslegung des in der Veräußerung enthaltenen Genehmigungswillens. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß Verwaltungshandlungen, d. h. solche Handlungen, die durch die wirtschaftliche Notwendigkeit zu erklären sind, ohne Gefahr vorgenommen werden können. So kann der Käufer die Sache gebrauchen, soweit es in ihrer Natur liegt, die Erträgnisse einziehen und unter Umständen selbst einzelne Stücke veräußern. Ein Verzicht liegt ferner in der freiwilligen Erfüllung des Vertrags in Kenntnis der Anfechtbarkeit, also in Zahlung des Kaufpreises und in Erfüllungshandlungen, wie Sicherheitsleistung, Wechselausstellung; ferner in Erlangung von Stundung. Selbst in Teilzahlungen und in einem Stundungsgesuch wird eine Verzichtserklärung enthalten sein. Dasselbe ist der Fall bei Annahme der Kaufsache in Kenntnis des Mangels, z. B. in Annahme der Auflassung (RG. in SeuffA. 62, 91). Etwaige Vorbehalte wegen der Schadensansprüche ändern nichts. Ein solcher Vorbehalt hat nur Bedeutung für Schadensersatzansprüche aus §§ 823, 826 BGB., nicht aber im Fall der Anfechtung, welche Nichtigkeit bewirkt. Selbst in Erhebung einer auf Vertragserfüllung gerichteten Klage oder Widerklage liegt unter Umständen ein Verzicht; denn es wird die Gültigkeit des Vertrags durch Erhebung solcher Klage behauptet (vgl. RG. in LZ. 07). Die Zurücknahme der Erfüllungsklage oder Widerklage ändert an der einmal erfolgten Bestätigung nichts, weil die Zurücknahme nur prozessuale Bedeutung hat, die in der Erfüllungsklage enthaltene bestätigende Erklärung aber materielle, über den Rechtsstreit hinaus greifende Wirkung besitzt (RG. 63, 411; vgl. Exk. zu § 374 Anm. 78). Dasselbe gilt von Erhebung der Gewährleistungsklage, mag auch die Wandelungsklage erhoben

Digitized by Google

§ 377. sein. Vorausgesetzt wird, daß diese Klagen zweifellos erkennen lassen müssen, es wolle der Getäuschte beim Vertrag stehen bleiben und nicht etwa den Vertrag als nichtig erklärt wissen. Es kann eine Wandelungsklage aber in der Art erhoben werden, daß erklärt wird, es werde angefochten, wenn sich der Gegner mit der Wandelung nicht einverstanden erkläre. Das ist keine bedingte Anfechtung, die allerdings unzulässig wäre. Der Anfechtungsgegner kann dem Anfechtenden nicht entgegenhalten, er hätte bei Aufwendung gehöriger Sorgfalt gemäß § 254 Abs. 1 BGB. die Täuschung rechtzeitig entdecken können. Wer arglistig handelt, kann sich nicht auf eine Fahrlässigkeit des Getäuschten nach der Richtung berufen, daß dieser seinen Worten vertraut hat.

Anm. 164. b) Die Anfechtungserklärung muß innerhalb Jahresfrist abgegeben werden (§ 124 BGB.). Sie wird von dem Augenblick ab gerechnet, in dem der Getäuschte Kenntnis von dem Charakter der Mitteilung als einer wissentlich unwahren (RG. 59, 96) und von der Person des Anfechtungsgegners Kenntnis erlangt hat. Daß und wann der Anfechtende diese Kenntnis erlangt hat, muß der Anfechtungsgegner beweisen (RG. 57, 362). Anfechtungsberechtigt ist der Getäuschte und sein Prozeßbevollmächtigter (Exk. zu § 374 Anm. 78). Anfechtungsgegner ist derjenige, dem gegenüber die Anfechtungserklärung abzugeben ist, also bei gegenseitigen Verträgen der Vertragsgegner, d. i. im Falle der Abtretung der Zedent (JW. 06, 379[7]), aber auch der Zessionar (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 2). Die Anfechtung kann dem Prozeßbevollmächtigten des Gegners erklärt werden (§ 143 BGB. Exk. zu § 374 Anm. 78). Sind mehrere Beteiligte auf der einen oder anderen oder auch auf beiden Seiten vorhanden, so kann die Anfechtung von jedem gegen jeden erklärt und durchgeführt werden. Es besteht keine notwendige Streitgenossenschaft (RG. 56, 433; JW. 07, 301[4]; vgl. JW. 95, 223[4]; 00, 653[3]); das alsdann ergehende Urteil erzeugt zwar keine Rechtskraft gegenüber dem nicht Verklagten (§ 322 ZPO.); aber praktische Folgen entstehen daraus doch (s. unten Anm. 165). Der Inhalt der Anfechtungserklärung muß bestimmt und unzweideutig die Anfechtung, also den Willen deutlich erkennen lassen, daß der Berechtigte nicht etwa beim Vertrag stehen bleiben und Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung geltend machen will (RG. 60, 294), sondern daß von ihm Nichtigkeit des Vertrags wegen Täuschung gewollt ist (JW. 03 Beil. 107[238]). Hat die Erklärung diesen Inhalt, so enthält sie zugleich auch die Anfechtung wegen Irrtums. Die Anfechtungserklärung darf auch nicht bedingt sein; also es darf nicht erklärt werden, es werde nur angefochten, wenn mit dem Wandelungsbegehren nicht obgesiegt werde (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 46). Die Anfechtung unterliegt keinerlei Formvorschrift. Sie kann daher noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht oder in einem zugestellten Schriftsatz geschehen (RG. 33, 148; 53, 148; 57, 362), auch in Form einer Einrede wirksam erfolgen (RG. 48, 221; 57, 362; vgl. Exk. vor § 373 Anm. 46 u. Exk. zu § 374 Anm. 78).

Anm. 165. c) Die Wirkung der Anfechtung ist die Nichtigkeit, gleich wie wenn das Geschäft nicht geschlossen worden wäre (§ 142 Abs. 1 BGB.). Die Anfechtung hat also rückwirkende Kraft. Hat bei einem Kaufvertrag, der nur einheitlich erfüllt oder aufgehoben werden kann, nur einer der mehreren Verkäufer betrogen, so ergreift die Anfechtung und die Nichtigkeit den ganzen Vertrag (§ 139 BGB.; RG. 40, 244; 59, 175; vgl. JW. 05, 43[4]); mag auch einer der Verkäufer von der Täuschung keine Kenntnis gehabt haben; § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB. findet hier keine Anwendung (RG. 62, 184). Die Einheitlichkeit des Geschäfts ist auch vorhanden, wenn zwar zwei Käufe mit verschiedenen Käufern abgeschlossen worden sind (einerseits Kauf des Geschäfts mit Inventar vom Mieter der Geschäftsräume, andererseits Kauf des Geschäftshauses vom Hauseigentümer), der eine Kauf aber nicht ohne den andern abgeschlossen worden wäre. Hat hier der Verkäufer des Geschäfts den Käufer arglistig getäuscht, so erfaßt die Nichtigkeit auch den Hauskauf, obgleich der Hausverkäufer von der Täuschung nichts wußte (RG. 62, 184). Darauf, ob die Leistungen teilbar sind, kommt es für die Anwendung des § 139 BGB. nicht an (JW. 05, 685), sondern darauf, ob der Vertrag ein einheitlicher war, und das ist im Zweifel immer anzunehmen.

Digitized by Google

§ 377. Infolge der Nichtigkeit haben beide Teile das Empfangene einander zurückzugewähren, aber nicht Zug um Zug wie bei der Wandelung. Denn der Rückgewähranspruch ist ein auf § 812 Abs. 1 BGB. beruhender Bereicherungsanspruch (RG. 26, 187; 60, 295). Der Anfechtungsgegner muß die Rückgewähr verlangen; sie ist ihm nicht anzubieten, sondern er muß die Rückgewähr im Klageweg fordern; er hat auch kein Zurückbehaltungsrecht, wenn der Gegner nicht zurückgewähren kann, sondern es löst sich der Rückgewähranspruch im Falle eines Verschuldens an der Unmöglichkeit der Rückgewähr in einen Schadensersatzanspruch auf (RG. 59, 92; vgl. JW. 03, 58[136]), der zu einer Aufrechnung führen kann. Hier kann es dann von Bedeutung werden, ob der Anfechtende das gekaufte Geschäft verwahrlost hat. Wählt der Getäuschte den Weg der Anfechtung, so kann er nicht das Erfüllungsinteresse, d. h. nicht noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Denn der Vertrag gilt als nicht geschlossen. Mit der Nichtigkeitsklage kann nur das negative Vertragsinteresse, also Ersatz des Schadens verlangt werden, der durch Abschluß des Vertrags entstanden ist, wie Erstattung unnütz aufgewendeter Kosten und des Stempels (RG. 59, 157; JW. 03 Beil. 119[264] u. 120[265]; 04, 140[6]; 05, 42[2]; a. M. Dernburg I § 146 VIII; unentschieden Planck § 123 Anm. 7).

Anm. 166. d) Die durch Bevollmächtigte verübte Täuschung gilt hier der durch den Verkäufer selbst verübten gleich (Erk. zu § 58 Anm. 26 ff. u. oben Anm. 151; vgl. auch oben Anm. 47 wegen der Geschäftsvermittler).

Anm. 167. e) Eine Heilung des einmal angefochtenen Geschäfts ist nicht möglich. Es ist eine Neuvornahme des ganzen Geschäfts nötig (§ 141 BGB.). Die Anfechtungserklärung kann nicht zurückgezogen werden. Es genügt somit eine einfache Anerkennung der Gültigkeit des Geschäfts nicht. Es muß vielmehr aus den beiderseitigen Willenserklärungen die vollkommene Willensübereinstimmung über die beiderseitigen Rechte und Pflichten wie bei einem neuen Abschluß sich ergeben (RG. 61, 264). Bestehen für das angefochtene Geschäft Formvorschriften, so müssen auch diese bei der erneuten Vornahme beobachtet werden (RG. 61, 264; JW. 03 Beil. 42[67]; a. M. Dernburg I § 118 VI, wonach im Falle des § 313 BGB. eine Zurücknahme der Anfechtung mit Zustimmung des Gegners zulässig sein soll). Bei Geschäften, die keinem Formzwang unterstehen, wird man allerdings selbst in einer nach Wegfall des Anfechtungsgrundes vorgenommenen Vertragserfüllung eine gültige stillschweigende Neuvornahme des Geschäfts zu finden haben (Hamburg OLGR. 13, 27). Alle die in Anm. 163 aufgestellten Gesichtspunkte werden auch hier bedeutsam.

Anm. 168. f) Der Gerichtsstand für die Anfechtungsklage ist nicht dort, wo sich die Ware zur Zeit der Klageerhebung befindet, sondern an dem Orte, an dem die Verpflichtung zur Zeit ihrer Entstehung zu erfüllen war, also regelmäßig am Wohnort des Schuldners (§ 269 BGB.; RG. 49, 423). Streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 ZPO. ist der Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises. Daß die Nichtigkeit auch die Rückgabe der Kaufsache zur Folge hat, steht nach Anm. 165 mit der Rückgewähr des Kaufpreises gemäß § 812 Abs. 1 BGB. nicht in rechtlichem Zusammenhang. Bei der Wandelung ist dies anders.

Anm. 169. 8. **Die arglistige Verschweigung eines Fehlers bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrags ist aber endlich eine unerlaubte Handlung** und verpflichtet aus diesem Grunde zum Schadensersatz nach §§ 823, 826 BGB. Es muß zwischen dem zu vertretenden arglistigen Verschweigen und dem schädigenden Erfolg ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Ist dies der Fall, so ist es für die Haftung dessen, den das Verschulden trifft, unerheblich, ob ein Verschulden Dritter mitwirkte, oder ob der schädigende Erfolg auch durch andere Umstände hätte herbeigeführt werden können (RG. 25, 77; Bolze 5 Nr. 214). Wird die Klage auf unerlaubte Handlung gestützt, so kann der Getäuschte sowohl auf Grund des § 823 BGB. als auf Grund des § 826 BGB. einmal den Standpunkt einnehmen (dann muß er aber rechtzeitig anfechten), daß er Aufhebung des Vertrags begehrt; er kann aber auch beim Vertrag stehen bleiben und alsdann Schadensersatz begehren (dann muß er sich seine Rechte bei Annahme der Kauf-

Digitized by Google

§ 377. sache vorbehalten). Diese beiden Möglichkeiten werden im folgenden (Anm. 170 u. 171) betrachtet.

Anm. 170. a) Der Getäuschte will den Vertrag aufheben. Diese Wahl vereinfacht die Sachlage, wenn der Vertrag noch nicht erfüllt ist. Ist der Vertrag aber erfüllt, so sind die beiderseitigen Leistungen zurückzugewähren; jedoch nicht Zug um Zug wie bei der Wandelung. Es besteht auch kein Zurückbehaltungsrecht (JW. 03 Beil. 58[136]), und es finden auch nicht die Grundsätze der Aufrechnung, sondern die Grundsätze einer Abrechnung Anwendung. Daher verbietet sich ein Teilurteil, weil alle beiderseitigen Ansprüche in einem einheitlichen Schadensanspruch aufgehen (RG. 44, 136; 54, 137; JW. 01, 229[10]). Kann die Sache aus Verschulden des Käufers nicht mehr zurückgegeben werden, so hat der Verkäufer nur Schadensersatzansprüche (RG. 59, 92; JW. 04, 140[6]). Es gelten hierüber die oben Anm. 165 dargelegten Grundsätze. Der Getäuschte kann ebenso wie bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nur das negative Vertragsinteresse begehren; denn er will den Vertrag als nichtig behandelt wissen und so gestellt sein, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre (RG. 59, 157; JW. 04, 140[6]). Als Schadensersatz ergibt sich so nur der Anspruch auf die Vertragskosten. Der Getäuschte kann die Auflösung des Vertrags in dieser Weise aber nur verlangen, wenn er eine rechtzeitige und gehörige Anfechtungserklärung abgegeben hat, wie sie oben Anm. 164 erörtert ist (RG. 63, 268); denn § 123 BGB. enthält eine Sondervorschrift.

Anm. 171. b) Der Getäuschte wählt Schadensersatz. In diesem Falle bleibt er beim Vertrag stehen. Er kann deshalb verlangen, daß er so gestellt werde, wie wenn der schadenbringende Umstand, nämlich die Täuschung, nicht eingetreten wäre (§§ 249ff. BGB.; RG. 59, 157; JW. 02 Beil. 239, 121; 03 Beil. 113[249]; 04, 140[6]). Dies alles aber nur, wenn er sich seine Rechte bei Annahme der Kaufsache vorbehält, falls er die Täuschung damals kannte. Die vorbehaltslose Annahme mit Kenntnis von der arglistigen Täuschung zieht auch hier (vgl. oben Anm. 118) den Verlust aller Rechte nach sich (RG. 59, 104; JW. 06, 330[4]). Das Gericht hat nach freiem Ermessen gemäß § 287 ZPO. zu entscheiden, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist.

Bei der Schadensfeststellung ist von verschiedener Grundlage auszugehen, je nachdem die Eigenschaft nicht nur arglistig vorgespiegelt, sondern auch noch vertragsmäßig zugesichert war im Gegensatz zu dem Falle, in dem die vorgespiegelte Eigenschaft nicht vertragsmäßig zugesichert war. Denn es kann nur die Wiederherstellung des vertragsmäßigen Zustandes durch Ausgleichung in Geld verlangt werden. War die Eigenschaft vertragsmäßig zugesichert, so muß der Käufer so gestellt werden, als wenn ihm die vertragsmäßige zugesicherte Eigenschaft nachgewährt worden wäre (JW. 98, 518[58]; 05, 76[11]). Hat sich der Käufer durch falsche Zusicherungen zur Vereinbarung des Ausschlusses der Gewährleistung bewegen lassen, so kommt es darauf an, ob sich der Käufer durch die Täuschung zur Bewilligung eines höheren Kaufpreises, als dem wahren Wert der Kaufsache entsprach, hat bestimmen lassen. War dies der Fall, so kann er die entsprechende Ermäßigung des Preises oder den Ersatz bis zu dem Betrage verlangen, den er ohne den Betrug gegeben haben würde (JW. 06, 330[4]). Regelmäßig wird die vorgespiegelte Eigenschaft zum Vertragsinhalt gemacht, also zugesichert sein, wenn auf die Vorspiegelung hin der Abschluß erfolgte. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall — und das ist Tatfrage —, so fehlt es am Zusammenhang zwischen Täuschung und Schaden (a. M. Werner im Recht 05, 305). Der Käufer kann also auf Erfüllung bestehen, und soweit die Erfüllung nicht mehr möglich ist, Entschädigung in Geld verlangen, ohne daß er den Einwand zu befürchten hätte, es sei der Schaden erst durch das Erfüllungsverlangen entstanden (JW. 05, 42[2]; 06, 330[4] gegen RG. 56, 51 u. Westrum JW. 07, 39).

Wird so der positive Schaden verlangt, so bleiben für den Schadensersatz die vertragsmäßigen Festsetzungen maßgebend, soweit sie nicht durch den Betrug betroffen werden. Hinsichtlich der durch den Betrug betroffenen Festsetzungen ist der Zustand wieder herzustellen,

Digitized by Google

wie er sich ohne den Betrug gestaltet hätte. Ob der Betrüger zu diesen Bedingungen den Vertrag geschlossen hätte, ist gleichgültig (RG. 59, 155; 63, 110; JW. 98, 518[58]). Es ist der ganze Schaden bis zu dem Zeitpunkt zu ersetzen, zu welchem der Vertrag zu erfüllen gewesen wäre, einschließlich entgangenen Gewinnes (JW. 04, 140[6]; RG. bei Holdheim 14, 234). Der Getäuschte kann also die Kaufsache behalten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung wie in Vertragsverhältnissen geltend machen. Denn der Betrüger kann nicht besser stehen als der redliche Verkäufer (über diese Art der Liquidation oben Anm. 87). **§ 377.**

Auch **Preisminderung** kann der Getäuschte verlangen, wenn er die Kaufsache behalten will (JW. 04, 140[6]). Preisminderung im Sinne des § 472 BGB. besteht in Preisherabsetzung nach dem Verhältnis, in dem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelhaftem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden hat, mag auch der Wert der fehlerhaften Sache alsdann immer noch höher sein als der Kaufpreis. Der Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung beschränkt sich dagegen auf Ersatz des wirklichen Schadens. Wenn nun der Kaufpreis dem Wert der mangelfreien Sache entspricht, so führt die nach § 472 BGB. vorgenommene Preisminderung zufällig und nur tatsächlich zu demselben Ergebnis, wie der nach § 287 ZPO. zu ermittelnde Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung (RG. 62, 385 vgl. 61, 250), weil der Käufer nur den Betrag verlangen kann, den er bei voller Kenntnis der Sachlage weniger gezahlt haben würde. Es handelt sich hier also nicht um eine eigentliche Preisminderung, sondern um eine Art der Schadensberechnung in Form einer Preiskürzung. War ein gewisser Absatz oder Ertrag des verkauften Geschäfts für die Vergangenheit zugesichert (oben Anm. 42) und hat sich der Verkäufer einer arglistigen Täuschung schuldig gemacht, so bedarf es, wenn die sog. Preisminderung gewählt wird, zunächst der Ermittlung, wieviel der Käufer weniger gezahlt haben würde, wenn ihm der Minderwert beim Vertragsschluß bekannt gewesen wäre (RG. in SeuffA. 60, 442). Der zugesicherte Ertrag ergibt den Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand. Der wirkliche Wert der Kaufsache wird durch Kapitalisierung der tatsächlichen Erträgnisse gefunden. Um diesen Unterschied ist der Preis zu mindern, ohne Rücksicht auf die Veränderlichkeit. Der Augenblick des Vertragsschlusses entscheidet (JW. 98, 518[58]; 03 Beil. 113[249]). Anm. 172.

c) **Nur der, welcher die arglistige Täuschung verübt hat, haftet für Schadensersatz**, nicht aber sein redlicher Vertragsgenosse (RG. 40, 244; JW. 96, 617[50]). Mehrere Anstifter haften samtverbindlich und zwar auch dann, wenn der Entschluß des Täters nur auf dem Zusammenwirken der einzelnen Anstifter, die nicht gemeinsam handelten, beruht (RG. 28, 166). Hat nicht der Vertragsgegner, sondern ein Dritter durch arglistiges Verschweigen eine unerlaubte Handlung verübt, so haftet der Dritte persönlich. Der Schadensersatz ist alsdann aber nicht im Sinne einer Herabsetzung des Kaufpreises (oben Anm. 172), sondern danach zu berechnen, ob der Getäuschte nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile erlangt hat. Es findet eine Ausgleichung beider statt, und es ist weiter zu berücksichtigen, ob der Geschädigte den Mangel bei Abschluß des Vertrags gekannt und dadurch oder sonstwie seinen Schaden selbst verursacht hat (§ 254; RG. 61, 250). Ist die arglistige Täuschung, die zum Vertragsschluß bestimmt hat, durch bewußtes Zusammenwirken des Vertragsgegners und eines Dritten, z. B. des Kommissionärs bewirkt, so muß sich der Dritte gerade wie der Vertragsteil behandeln lassen, mit dem er zusammengewirkt hat. Denn er hat sich dessen Handlungen angeeignet und muß sie sich zurechnen lassen; er haftet wie der Vertragsteil (RG. II 466/06, Urt. v. 22. 3. 06). Der Getäuschte und der Geschädigte brauchen nicht dieselben Personen zu sein. Es genügt, wenn der arglistig Handelnde die Möglichkeit in seinen Willen aufgenommen hatte, daß seine Arglist ihre Wirkungen auch auf Dritte erstrecken und diese schädigen werde (vgl. Exk. zu § 349 Anm. 25; RG. 23, 137; 59, 238; Holdheim 14, 166. Der Verkäufer hatte wertlose Aktien durch Täuschung des gutgläubigen Käufers abgesetzt. Der Käufer hatte die Aktien zum Selbstkostenpreis weiterverkauft und seinem Abnehmer, ohne die Aktien zurückzunehmen, seine Schadensersatzansprüche gegen die Bank abgetreten). Anm. 173.

Digitized by Google

§ 377. Anm. 174. d) Für Bevollmächtigte und Gehilfen haftet der Verkäufer nach § 831 BGB. (Befreiung bei Auswahl geeigneter Personen), wenn die Arglist bei Eingehung des Vertrags begangen ist. Ist die Arglist aber in Erfüllung des Vertrags verübt, so haftet der Geschäftsherr nach § 278 BGB. unbedingt (über alles dies s. Exk. zu § 58 Anm. 26 ff. u. § 347 Anm. 13). Über die Haftung für Vertreter siehe § 125 Anm. 12; § 232 Anm. 33, 37 u. 46; § 347 Anm. 13; § 349 Anm. 29 u. Exk. zu § 346 Anm. 43). Dabei ist hervorzuheben, daß nicht für die nur gelegentlich des Vertragsschlusses gemachten arglistigen Angaben des Stellvertreters gehaftet wird (RG. 61, 210).

Anm. 175. e) Die Verjährung ist die dreijährige (§ 852 BGB.); bei dem Gewährleistungsanspruch wegen arglistigen Verschweigens aber die dreißigjährige (JW. 07, 358[5]). Ihr Beginn hängt nicht von Kenntnis des Schadensumfangs, sondern nur von Kenntnis des Schadens und, was die Person des Ersatzpflichtigen angeht, davon ab, daß der Geschädigte deren Person ohne Schwierigkeit ermitteln konnte, nachdem er von seinem Schadensanspruch Kenntnis erlangt hatte (JW. 07, 302[5]). Die Verjährung im Fall der Gewährleistung ist dagegen die dreißigjährige (oben Anm. 146). Die Einrede ist unverjährbar, wenn der Betrogene die Auflösung des Vertrags begehrt (§ 853 BGB.; RG. 60, 294; oben Anm. 170).

Anm. 176. 9. **Die Arglist kann endlich als exceptio doli generalis in Betracht kommen.** Hierüber siehe oben Anm. 147 u. § 346 Anm. 19.

Anm. 177. 10. **Das Verhältnis der einzelnen aus arglistigem Verschweigen entstehenden Rechte zueinander.** Über des Verhältnis der Gewährleistungsrechte zueinander ist schon oben Anm. 108 ff. das Erforderliche gesagt. Hier handelt es sich um die Beziehungen der Gewährleistungsansprüche zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und zu dem eine unerlaubte Handlung oder einen Verstoß gegen die gute Sitte darstellenden arglistigen Verschweigen.

Erhebt der Käufer die Nichtigkeitsklage nach gehöriger Anfechtung, so kann er noch zur Gewährleistungsklage übergehen. Die Gewährleistungsansprüche schließen die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht aus (JW. 03 Beil. 90[209]; anders bei der Anfechtung wegen Irrtums); auch ist durch Erhebung der Nichtigkeitsklage das Wahlrecht nicht unwiderruflich ausgeübt. Allerdings würde eine solche Änderung der Wahl auf die Einrede der Klageänderung stoßen (JW. 00, 842[11]; 03, 124[8]; 05, 208[15]; vgl. JW. 07, 46[5]). Ist dagegen die Gewährleistungsklage erhoben, so findet ein Übergang zur Anfechtung nicht statt, weil die Gewährleistungsklage regelmäßig einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht enthält (oben Anm. 163). Beide Klagen lassen sich nur in Eventualform unter Voranstellung der Nichtigkeitsklage vereinigen — vorausgesetzt, daß derselbe Gerichtsstand gegeben ist (vgl. RG. 49, 423; 59, 93). Begründet das arglistige Verschweigen zugleich den Tatbestand der §§ 823, 826 BGB., so kann der sich hieraus ergebende Anspruch neben dem Gewährleistungsanspruch in Eventualform verfolgt werden. Die Nichtigkeitsklage aus § 123 BGB. konkurriert aber mit den Ansprüchen aus §§ 823, 826 BGB. in der Weise, daß eine form- und fristgerechte Anfechtungserklärung erfolgt sein muß, wenn die Auflösung des Vertrags mit Hilfe der §§ 823, 826 BGB. erreicht werden will (oben Anm. 170). Nach Ablauf der Anfechtungsfrist kann der Kauf daher nicht mehr rückgängig gemacht werden (RG. 63, 268; a. M. Planck § 123 Anm. 7).

V. Besonderheiten bei teilweiser Lieferung und bei teilweiser Mangelhaftigkeit.

Anm. 178. A. **Teilweise Lieferung.** Bei teilweiser Lieferung (Sukzessivlieferung) muß die im § 377 angeordnete Anzeigepflicht bei jeder Sendung besonders erfolgen. Erfolgt sie bei einer Sendung nicht, so gilt dadurch dieser Teil der Erfüllung als genehmigt (RG. 1, 53; 3, 100; 43, 64; JW. 00, 394[14]; oben Anm. 23 und Exk. zu § 374 Anm. 183). Sukzessivlieferungen in diesem Sinne liegen aber nur vor, wenn die Zusendungen der einzelnen Posten als selbständige Akte der Vertragserfüllung vom Verkäufer gewollt sind und in dieser Weise dem Käufer erkennbar gemacht sind (Exk. zu § 374 Anm. 135 und 145 f.). Dieser Fall liegt nicht ohne weiteres vor, wenn der Verkäufer bei Zusendung einer Warenmenge, die er auf einmal zu liefern hat, lediglich aus Gründen geschäftlicher Zweckmäßigkeit oder Bequemlichkeit die ver-

Digitized by Google

schiedenen Behältnisse (Kisten, Pakete), in die die Ware ihrer Menge wegen verpackt werden muß, nicht vollkommen gleichzeitig, sondern nacheinander in kurzen Zwischenräumen zum Abgang bringt, und die Ware dementsprechend auch nicht auf einmal bei dem Käufer eintrifft (RG. 43, 65). Die Fiktion der Genehmigung erstreckt sich aber nicht auf spätere Teilsendungen (Bolze 7 Nr. 584; JW. 00, 394[14]; vgl. RG. 3, 101; 43, 65); es sei denn, daß untrennbare Zusammengehörigkeit vorliegt (vgl. unten Anm. 180). § 377.

B. **Ist ein Teil einer Lieferung mangelhaft**, so ist der Käufer regelmäßig nur berechtigt, wegen dieses Teiles Wandelung oder Lieferung nicht mangelhafter Ware zu verlangen; ausnahmsweise tritt etwas anderes ein. Im einzelnen gilt folgendes:

1. Verhalten sich die beiden Teile wie Haupt- und Nebensache, so erstreckt sich die Zurückweisung der Hauptsache auf die Nebensache. Ist dagegen nur die Nebensache mangelhaft, so kann nur diese zurückgewiesen werden (§ 470 BGB.).

2. Im übrigen aber kann regelmäßig nur der mangelhafte Teil bemängelt werden (§ 469 BGB.). Es muß sich dann aber um mehrere Sachen handeln. Handelt es sich nur um eine Sache, ist nur ein Bestandteil fehlerhaft, die Hauptsache aber fehlerlos, so steht eine einzige Sache in Frage und § 469 BGB. findet keine Anwendung (JW. 07, 300[5]). Der Käufer muß, wenn er nur den mangelhaften Teil beanstandet und nach Lage der Sache hierzu berechtigt ist, den also bemängelten Teil mit genügender Deutlichkeit angeben (ROHG. 20, 350). Der Verkäufer erzielt andernfalls schon die Klageabweisung, wenn er dem Käufer auch nur ganz allgemein das Recht, zu wandeln, bestreitet. Für die Berechnung des Kaufpreises gilt § 471 BGB. Er lautet: Anm. 179.

> Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesammtpreis die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Gesammtpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesammtwerth der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werthe der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde.

Den Gegensatz eines Gesamtpreises (Pauschpreis, Durchschnittspreis) bilden Einzelpreise für jedes Stück, mögen sie sich auch nach einem Einheitssatz (Maß, Gewicht per 100 kg usw.) berechnen. In letzterem Falle findet § 471 BGB. keine Anwendung.

3. Ausnahmsweise aber kann Wandelung und Lieferung nicht mangelhafter Ware trotz nur teilweiser Mangelhaftigkeit wegen aller verkauften Sachen verlangt werden. Diese Ausnahme liegt nicht schon dann vor, wenn ein Inbegriff von Sachen (eine Herde, ein Warenlager, ein Inventar) verkauft ist (RG. 44, 237), oder wenn die mehreren Sachen zu einem Gesamt- oder Taxpreis verkauft sind. Es muß vielmehr gerade auf die Zusammengehörigkeit im Sinne des Zusammenbleibens beiderseits ein besonderer Wert gelegt sein. Dieses Interesse muß ferner in der Sache selbst begründet sein. Sind mehrere Sachen in diesem Sinne als zusammengehörig verkauft und können außerdem die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für den Käufer oder Verkäufer von den übrigen getrennt werden, so liegt die Ausnahme vor (§ 469 BGB.). Es genügt also Zusammengehörigkeit allein noch nicht, sondern es muß untrennbare Zusammengehörigkeit vorliegen. Untrennbarkeit ist vorhanden, wenn die Trennung mit wirtschaftlichen Nachteilen verknüpft ist (vgl. ROHG. 2, 306; 13, 355; JW. 99, 499[48]). Ist die Trennung für den Käufer nachteilig, so kann dieser die Ausdehnung auf sämtliche Sachen verlangen; ist die Trennung dem Verkäufer nachteilig, so kann der Verkäufer dies verlangen (§ 469 BGB.). In jedem einzelnen Falle bedarf es der Prüfung, ob die Vertragschließenden eine derartige Einheitlichkeit gewollt haben, daß die Wandelung auf das Geschäft in seinem ganzen Umfang ausgedehnt werden soll. Daß die ganze Lieferung unter eine einzige Vertragstrafe gestellt ist, enthebt noch nicht dieser Prüfung (ROHG. 22, 170); vgl. auch oben Anm. 6. Anm. 180.

Beispiele untrennbarer Zusammengehörigkeit liegen vor, wenn ein Farbensortiment oder überhaupt eine Sammlung verschiedener, in einem Geschäftszweig vorkommender Gattungen eines Handelsartikels verkauft ist (OLG. Königsberg, SeuffA. 59, 269); wenn mehrere Bände eines Werkes verkauft sind; ein Anzug, ein Zeitungsabonnement (Hamburg OLGR. 8, 32; Anm. 181.

Digitized by Google

§ 377. Erk. von § 373 Anm. 3); ein vollständiges Servis; eine Kiste Zigarren (für den Verkäufer hat eine unvollständige Kiste Zigarren nicht den gleichen Wert); ferner dann, wenn ein Posten Waren als Partie verkauft ist (ein Ramschposten): die Zusammengehörigkeit liegt auf der Hand, die Trennung aber würde wirtschaftliche Nachteile bald für den Käufer, bald für den Verkäufer haben, denn durch die Ausscheidung der besseren Stücke würde der Käufer, durch die Ausscheidung der schlechteren der Verkäufer benachteiligt werden (vgl. Bolze 8 Nr. 491; 10 Nr. 469). Jedoch wird gerade beim Ramschverkauf und beim Verkauf in Bausch und Bogen häufig ohne weiteres ein Vertragswille dahin zu erkennen sein, daß der Verkäufer nicht für jedes fehlende oder mangelhafte Stück aufkommen soll. Ferner ist untrennbare Zusammengehörigkeit gegeben, wenn die Ausscheidung des ordnungswidrigen vom vertragsmäßigen Teil über das geschäftsübliche Maß hinaus mühevoll, zeitraubend oder kostspielig und daher dem Käufer nicht zuzumuten ist (Bolze 2 Nr. 980; 5 Nr. 662; JW. 97, 13[35]: 98, 15[40]; vgl. oben Anm. 7), oder wenn die Ausscheidung zwar leicht zu bewerkstelligen wäre, dann aber eine mühevolle Neusortierung der ganzen Sendung stattfinden müßte (JW. 00, 856[13]), oder wenn, wie bei abgepaßter Ware, Ersatzstücke für die fehlerhaften schwer erhältlich sind (Marienwerder OLGR. 8, 71). Weitere Beispiele siehe im Erk. zu § 374 Anm. 132; vgl. auch oben Anm. 6.

Anm. 182. 4. Hat der Käufer einen Teil der Ware genehmigt, so ist damit dieser Teil genehmigt, wenn nicht untrennbare Zusammengehörigkeit vorliegt, sonst die ganze Ware. So z. B. wenn der eine Teil der Ware, etwa eine Sendung eines zusammengehörigen Ganzen, rechtzeitig bemängelt ist, ein anderer nicht. Oder wenn der Käufer über einen Teil der Ware nach Kenntnis des Mangels verfügt. Hier gilt damit die ganze Ware als genehmigt, wenn sie ein untrennbares Ganze bildet (ROHG. 6, 331; RG. 43, 68; RG. in SeuffA. 42, 190; oben Anm. 67 und 83). Wenn der Käufer dagegen einen Teil einer teilbaren Quantität verwendet hat, dann gilt nur hinsichtlich dieses Teiles die Genehmigung als erfolgt, und die Wandelung ist ausgeschlossen, mag die Verwendung aus Versehen erfolgt sein (Bolze 7 Nr. 572) oder mit Absicht (OLG. Hamburg, ZHR. 36, 256). Vgl. aber auch Anm. 183 f.

Anm. 183. 5. In zwei besonderen Fällen muß angenommen werden, daß der Käufer, obgleich nur ein Teil als mangelhaft erkannt ist, doch hinsichtlich des Ganzen Wandelung verlangen kann (bzw. Lieferung anderer Ware).

a) Der eine Fall ist der, daß ein Teil eines größeren Postens mangelhaft geliefert ist, der andere Teil noch aussteht und der Käufer nach den Erklärungen des Verkäufers (z. B. er könne, werde oder brauche nicht anders zu liefern) oder nach den sonstigen Umständen zu der Annahme berechtigt ist, daß auch die ferneren Lieferungen gleich mangelhaft ausfallen werden. In solchem Falle braucht der Käufer nicht abzuwarten, ob die künftigen Lieferungen besser werden. Er kann jetzt schon zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen (Dresden OLGR. 4, 225 u. 8, 71). Hinsichtlich der rechtlichen Begründung dieses Satzes ist davon auszugehen, daß eine nicht gerügte Rate als vertragsmäßige Erfüllung zu betrachten ist. Die Annahme einer späteren vertragsmäßig beschaffenen Rate kann dann nicht deshalb abgelehnt werden, weil die erste Rate nicht vertragsmäßig gewesen sei (ROHG. 14, 211; RG. 1, 53 u. 62). Es berechtigt die Lieferung einer mangelhaften Rate, wenn sie gerügt und zurückgewiesen worden ist, noch nicht zu der Annahme, daß auch künftig schlecht geliefert werde. Wenn aber der Verkäufer erklärt, er liefere nicht anders, denn so, wie seither gerügt, oder wenn der Verkäufer eine so große Zahl vertragswidriger Lieferungen gemacht hat, daß sich daraus in schlüssiger Weise ergibt, er werde auch künftig nicht anders liefern, so hat der Verkäufer den Vertragszweck in erheblicher Weise gefährdet; es liegt eine positive Vertragsverletzung vor, bei der die begründete Besorgnis, daß auch künftig nicht vertragsmäßig geliefert werde, entscheidend ist. Besteht diese Besorgnis, so gilt der Satz auch beim Kauf „Kasse gegen Dokumente" und auch überall, wo Teilerfüllung stattfindet, nicht nur bei Sukzessivlieferungsverträgen. Nur muß die Sache so liegen, daß die mangelhaften Lieferungen nicht als fehlerlose an-

Digitized by Google

genommen worden sind, mögen sie auch bezahlt worden sein (RG. 57, 114). Über alle diese Fragen s. Exk. zu § 374 Anm. 172ff., insbesondere Anm. 183. Der Anspruch auf Schadensersatz stützt sich, wie bei allen positiven Vertragsverletzungen, auf entsprechende Anwendung des § 326 BGB. Denselben Grundsatz, den Käufer hier für sich anrufen kann, darf auch der Verkäufer geltend machen. Läßt der Käufer einen Teil eines größeren Postens als vertragswidrig zurückgehen und ist hieraus zu folgern, daß er auch ferner vertragsmäßige Lieferungen unberechtigterweise bemängeln und deren Annahme verweigern werde (z. B. er erklärt, er werde solche Ware, wie geliefert, immer zurückgehen lassen, er habe bessere Ware zu fordern), so kann der Verkäufer vom ganzen Vertrag zurücktreten oder wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren. War der zurückgeschickte Posten aber ein ganz geringfügiger, so berechtigt dies noch nicht ohne weiteres zu obigem Schlusse, sollte damit zugleich auch die Erklärung des Käufers abgegeben sein, er nehme nur bessere Ware an; die Weigerung tritt hier noch nicht scharf genug hervor. **§ 377.**

b) Der andere Fall ist der, daß bei einem Teil der Ware sich beim Verbrauch verborgene Mängel herausgestellt haben und aus den Umständen anzunehmen ist, daß auch die übrigen Posten der — bereits gelieferten oder angebotenen — Ware die gleichen Mängel haben werden. In diesem Falle kann wegen des ganzen Kaufvertrages Wandelung und daneben noch Schadensersatz wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung in den geeigneten Fällen verlangt werden. So z. B. wenn Konserven in einzelnen Sendungen geliefert werden sollen. Konserven können naturgemäß nur durch Stichproben auf ihre Beschaffenheit geprüft werden. Waren die Stichproben zufriedenstellend, stellt sich aber nach dem Verkaufe, bei Öffnung der Büchsen durch die Kunden, die Mangelhaftigkeit der bisher in Angriff genommenen Sendung heraus, so kann der Käufer wegen des ganzen Kaufvertrages die obigen Rechte geltend machen. Er kann nicht für verpflichtet erachtet werden, auch die übrigen Posten abzunehmen und zu verkaufen. Jedoch bleibt dem Verkäufer der Beweis offen, daß der nicht untersuchte Teil der Ware von vertragsmäßiger Beschaffenheit ist (oben Anm. 15). Ebenso wenn von einer größeren Quantität Tuche ein Teil sich in der Verarbeitung als fehlerhaft herausgestellt hat, und zwar behaftet mit einem Fehler, der bei der ordnungsmäßigen ersten Untersuchung nicht erkennbar war. Es können dann wegen des ganzen Kaufvertrages obige Rechte geltend gemacht werden. Anm. 184.

VI. **Vertragliche Abänderungen der Vorschriften über die Anzeigepflicht und die Gewährleistung.** Anm. 185.

Die vertraglichen Abmachungen können sich in verschiedenen Richtungen bewegen: Es kann sich handeln:

1. um vertragliche Abänderungen der Untersuchungs- und Anzeigepflicht,
2. um vertragliche Abänderungen der Haftung für Mängel,
3. um vertragliche Abänderungen der Verjährungsvorschriften.

1. **Die vertraglichen Abänderungen der Untersuchungs- und Anzeigepflicht.** Dieselben sind bereits oben Anm. 32ff. behandelt. Anm. 186.

2. **Die vertraglichen Änderungen der Haftung für Mängel.** Die Haftung für Mängel kann durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Es kann vereinbart werden, daß der Verkäufer für gewisse Fehler nicht haften soll, oder daß dem Käufer gewisse Rechtsmittel nicht zustehen sollen, z. B. nicht die Wandelung oder nicht die Minderung oder nicht die Ansprüche auf mangelfreie Sachen oder nicht der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Aber eine Vereinbarung, durch die die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sachen erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 476 BGB.; oben Anm. 121 u. 146). — Einseitige Fakturenvermerke begründen einen Ausschluß der Haftung nicht (oben Anm. 32 u. Exk. zu § 372 Anm. 34). Über derartige Vermerke in Kommissionskopien, Bestellscheinen, Katalogen, Preislisten, Bestätigungsschreiben und Schlußscheine siehe Exk. zu § 372 Anm. 35—39). — Ein Beispiel vertraglichen Ausschlusses der Gewährleistung liegt in der Klausel „wie besehen“ und Anm. 187.

Digitized by Google

§ 377. in der Klausel tel quel; hierüber Näheres in § 360 Anm. 4 u. 5. Noch weiter geht die Klausel, es seien die Waren verkauft „wie sie stehen und liegen" oder „ohne Nachlieferung"; hierin kann der völlige Verzicht auf jeden Anspruch wegen mangelhafter Beschaffenheit liegen (vgl. RG. 44, 236).

Anm. 188. 3. **Auch die Verjährungsfrist kann vertraglich geändert werden.** Sie kann durch Vertrag verkürzt (§ 225 BGB.), aber auch verlängert werden (§ 477 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Aber auch hier gilt die Vereinbarung, durch die die Rechtslage des Käufers erschwert wird, dann nicht, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Das folgt unmittelbar aus § 477 Abs. 1 BGB.; denn es fällt alsdann die Verjährung überhaupt weg.

Anm. 189. a) Ist eine *Abkürzung* der Frist vereinbart, so wird häufig eine Ausschlußfrist und nicht eine Abkürzung der Verjährungsfrist gewollt sein. Bei Zeitkäufen von Wertpapieren enthalten z. B. die Bedingungen häufig die Bestimmung, daß die Geltendmachung der Rechte aus dem Geschäft innerhalb eines gewissen kurz bemessenen Zeitraums gerichtlich zu erfolgen ist; hier ist eine Ausschlußfrist gesetzt. Mit ihrem Ablauf erlöschen alle Rechte ohne weiteres. Daher ist ein nach Fristablauf erklärter Verzicht auf die Frist wirkungslos. Die Verzichtserklärung kann aber die äußere Form zur Neubegründung eines Vertragsverhältnisses bilden.

Anm. 190. b) Die *Verlängerung* der Frist (die übrigens regelmäßig nicht in einer zeitlich nicht beschränkten, allgemeinen Garantieerklärung enthalten ist) ist in einer doppelten Weise möglich. Es kann nämlich vereinbart sein, daß der *Beginn der Verjährung hinausgeschoben* werden soll, so daß die Verjährung ihren Lauf erst mit Eintritt eines gewissen künftigen Ereignisses nehme, beispielsweise erst mit dem Eintreffen der Ware an einem überseeischen Bestimmungsort. In der Verlängerung der Rügefrist (oben Anm. 22) ist eine solche Verlängerung der Verjährungsfrist regelmäßig nicht enthalten (RG. in LZ. 07, 289[7]; a. M. Bolze 8 Nr. 501 u. 6./7. Aufl.). Denn die Verjährung nimmt ihren Lauf mit der Ablieferung, wenn die Parteien nicht unzweideutig anderes bestimmen (oben Anm. 137). Ein solches Hinausschieben des Verjährungsbeginnes liegt in der Vereinbarung, daß die Verjährungsfrist nicht ablaufen soll, bis der Käufer imstande gewesen, sich genau über das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften der Ware zu versichern. Es läuft die Verjährung alsdann erst von dem Augenblick an, in dem für den Käufer die Möglichkeit vorhanden war, sich vom Vorhandensein der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Ware zu überzeugen. Eine stillschweigende Vereinbarung dieses Inhalts ist häufig beim Indentgeschäft (§ 383 Anm. 10) anzunehmen (vgl. RG. 62, 432) und beim Arbitrageverfahren (oben Anm. 32); und zwar hier in dem Sinne, daß die Verjährung erst von Bekanntgabe des Spruchs der Arbitratoren laufen soll. Denn erst in diesem Augenblick erfahren die Parteien, ob und welche Ansprüche sie erheben können. In solchen Vereinbarungen liegt ein beschränkter Verzicht auf die Verjährung, der trotz § 225 BGB. angesichts des § 477 Abs. 1 Satz 2 zulässig ist. Ebenso liegt häufig die Sache, wenn ein Geschäftsverkauf unter Zusicherung eines gewissen Umsatzes oder Ertrags im Augenblick des Kaufs abgeschlossen ist (vgl. oben Anm. 5 u. 42) oder, wenn die nur durch langwierige Nachprüfung festzustellende Echtheit von Kunstwerken, Altertümern, Münzsammlungen (vgl. RGHG. 23, 31), oder der Stammbaum eines Tieres gewährleistet wurde. Die andere Möglichkeit, die Verjährung zu verlängern, besteht darin, daß nicht der Beginn der Verjährung hinausgeschoben, sondern die sechsmonatliche *Verjährungsfrist um einen gewissen Zeitraum verlängert* wird. Beim Indentgeschäft ist auch eine Verlängerung in dieser Art mitunter stillschweigend vereinbart, so daß die Verjährung um den Zeitraum der Ablieferung bis zum Eintreffen der Ware am überseeischen Bestimmungsort verlängert ist (RG. 62, 433). Die Verlängerung kann nicht über die ordentliche Verjährungszeit von 30 Jahren ausgedehnt werden, obgleich ein Zusatz, der dies aussprechen sollte, von der Kommission absichtlich gestrichen worden ist. Das Aufgeben dieser Einschränkung würde dem gesetzgeberischen Grund der Verjährung widersprechen, und man käme zu einem Ausschluß der Verjährung, da sich der Schuldner dem Gläubiger regelmäßig fügen muß (a. M. Planck § 477 Anm. 5; § 638 Anm. 9).

Digitized by Google

c) Die Bestimmung des § 478 BGB. über die Unverjährbarkeit der Einrede kann ebenfalls ausdrücklich und stillschweigend geändert, erschwert und erleichtert werden. In der Vereinbarung, daß die Verjährung nicht laufen soll, bis dem Käufer die Möglichkeit der Untersuchung gegeben sei (oben Anm. 190), liegt auch die Hinausschiebung der nach § 478 BGB. zu erstattenden Anzeige. Erschwerungen zum Nachteil des Käufers können nicht geltend gemacht werden, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. § 377. Anm. 191.

d) Ein im voraus erklärter völliger Verzicht auf die Verjährung ist nach § 225 BGB. unzulässig. Wohl aber kann auf die kurze Verjährung des § 477 BGB. ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet werden, so daß an Stelle der sechs Monate die regelmäßige Verjährungszeit von 30 Jahren nach § 195 BGB. tritt (vgl. JW. 05, 200[3]). Nach Ablauf der Verjährung kann jederzeit wirksam auf die Einrede verzichtet werden. Ein solcher Verzicht liegt schon im Nichtvorbringen der Einrede trotz Kenntnis von der vollendeten Verjährung und in allen Handlungen, welche (wie Zahlung, Stellung einer Sicherheit, Stundungsvereinbarung) den Verzichtswillen dem Gegner deutlich zur Kenntnis bringen. Anm. 192.

4. Ein praktisches Beispiel für eine vertragliche Vereinbarung über die Gewährleistung ist es, wenn der Verkäufer auf gewisse Zeit **die Garantie für fortdauernde Beschaffenheit des verkauften Gegenstandes übernimmt.** Die Parteien können der Vereinbarung einer Garantiefrist einen besonderen Sinn nach Belieben beilegen (Mot. II 240); z. B. auch den Sinn, daß die Rügefrist des § 377 erst mit Ablauf der Garantiezeit beginne. Es kommt immer darauf an, was die Parteien mit Setzung einer Garantiefrist im einzelnen Fall gewollt haben. Fehlt es an schlüssigen Umständen, so ist der übliche Sinn der Garantieklausel der, daß die sechsmonatliche Verjährung des § 477 BGB., statt von der Ablieferung, von der Entdeckung an läuft. Ist der Mangel entdeckt, so ist der Zweck der Garantiefrist erledigt. Von dem Augenblick der Entdeckung läuft dem Käufer die sechsmonatliche Verjährung (für das alte Recht ROHG. 4, 185; 9, 12; RG. 37, 81; JW. 01, 61[12], 189[9], 407[28]; jetzt auch RG. 65, 119 u. im Recht 03, 296[1612]; Hamburg OLGR. 8, 73); und dies selbst dann, wenn die Garantiefrist innerhalb dieser 6 Monate abläuft. Man kann gegen diese Grundsätze nicht einwenden (wie OLG. Stuttgart im Recht 05, 471[1845]; Düringer-Hachenburg 3, 161), daß aus dem Gesetz nichts dagegen zu entnehmen sei, daß die Mängel während der ganzen Garantiefrist und nur in dieser geltend zu machen seien. Das Gesetz bestimmt in §§ 157, 242 BGB. § 346, wie der Parteiwille zu ermitteln ist. Die Lebenserfahrung spricht aber für obige Grundsätze, die auch bei mehrjährigen Garantiefristen zu befriedigenden Ergebnissen führen. Ist die Garantie nicht für eine bestimmte Zeit übernommen, so liegt darin keinesfalls eine unbeschränkte Verlängerung der Verjährungsfrist; sondern auch hier ist nicht mehr anzunehmen, als daß die Verjährung ihren Lauf mit der Entdeckung der Mängel (vgl. RG. bei Holdheim 15, 276) beginnen soll, wenn nicht die Garantie nur als Zusicherung einer Eigenschaft aufzufassen ist; letzteres ist die Regel, selbst wenn „volle" Garantie zugesichert ist. Anm. 193.

Die Garantiefrist enthebt also nicht von der Verpflichtung zur Untersuchung der Ware und unverzüglichen Mängelanzeige (ROHG. 9, 12; Bolze 8 Nr. 497; JW. 07, 174[13]), und zwar muß diese Anzeige erfolgen ohne Rücksicht darauf, ob die Ursache der Mängel nicht zu entdecken war, wenn nicht die Entdeckung der Ursachen mit der Entdeckung der Mängel selbst identisch ist (vgl. Hamburg OLGR. 2, 249). Die Garantiefrist gestattet nur, daß auch Mängel, die erst nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist, aber innerhalb der Garantiefrist entdeckt werden, geltend gemacht werden dürfen (ROHG. 4, 185; 9, 12; RG. 37, 81). Der Käufer muß endlich, wenn die gesetzliche Verjährungsfrist zur Zeit der Entdeckung des Fehlers bereits abgelaufen ist, unverzüglich nach Entdeckung des Fehlers sogar Klage erheben (ROHG. 9, 13; RG. 37, 81; JW. 01, 189[9]; RG. im Recht 03, 296[1612]).

VII. **Die Eigentumsübergangsfragen bei der Zusendung und Bemängelung fehlerhafter Ware.** Anm. 194.

Diese Fragen werden im Ext. zu § 382 Anm. 57 erörtert.

Digitized by Google

§ 377. Zusatz 1. Die Frage der Mängelrüge beim einseitigen Handelskauf.

Anm. 195. 1. **Beim einseitigen Handelskauf greift der § 377 nicht Platz** (oben Anm. 2). Aber darum darf doch nicht angenommen werden, daß hier einfach jede Rügepflicht fortfällt. Auf diesem Standpunkte stand auch das frühere Handelsrecht nicht. Das frühere Handelsrecht hatte im Art. 347 seine Rügepflicht nur für Distanzgeschäfte gegeben; aber die Praxis und die Wissenschaft des Handelsrechts nahm gleichwohl an, daß für Platzgeschäfte in dieser Hinsicht nicht einfach die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts gelten. Vielmehr wurde angenommen, daß es beim Handelskauf überhaupt eine allgemeine Anschauung des Handelsverkehrs ist, daß der Käufer die ihm gelieferte Ware alsbald untersuchen und den Mangel anzeigen muß. Man hatte von diesem Gesichtspunkte aus den Grundsatz, der in Art. 347 für Distanzgeschäfte aufgestellt war, in ähnlicher, wenn auch nicht in ganz so strenger Weise für Platzgeschäfte angenommen (vgl. 5. Aufl. § 48 zu Art. 347). Allein der Grundsatz des § 377 kann nicht einmal in abgeschwächter Form auf den einseitigen Handelskauf Anwendung finden. Die bestimmten Vorschriften der §§ 345, 377 stehen einer ausdehnenden Auslegung entgegen, für die auch die Denkschrift keinen Anhalt bietet. Sobald sich nicht Kaufleute gegenüberstehen, ändern sich die Verhältnisse der Art, daß für handelsrechtliche Anschauungen kein Raum bleibt. Nur das BGB. allein und dessen auf diese Verkehrssitte hinweisenden Grundsätze über Treu und Glauben können die Verkehrssicherheit gewährleisten. Danach ist es allerdings erforderlich, daß der Verkäufer innerhalb eines nicht zu lange bemessenen Zeitraums Gewißheit erlangt, ob seine Leistung als vertragsmäßige Erfüllung angenommen ist. Allein eine für alle Fälle passende Verpflichtung des Käufers zu unverzüglicher Untersuchung und Mängelanzeige läßt sich aus einer so allgemeinen Auffassung nicht herleiten. Nur im einzelnen Falle (Hamburg OLGR. 6, 90) wird sich aus dem Vertrag selbst und aus einer im Geschäftsverkehr herrschenden tatsächlichen Übung eine dem § 377 ähnliche Pflicht ergeben (Hamburg OLGR. 10, 341). Eine solche tatsächliche Übung bedarf aber der genauen tatsächlichen Feststellung nach Inhalt und Umfang (RG. 49, 157; Dernburg II 2 § 189 IIIb Fußnote 4; vgl. Schönfeld im Recht 02, 504 und 03, 288; dagegen Staub DJZ. 02, 24). Ist der Käufer Kaufmann, so wird man, da ihm die handelsrechtlichen Anschauungen geläufiger sind, einen strengeren Maßstab, der sich der Tragweite des § 377 mehr nähert, anzulegen haben. Daß im Ablauf einer angemessenen Zeit ohne Rüge eine Genehmigung der Ware liegt (Staub DJZ. 02, 24), ist nicht zu bezweifeln. Die Frage ist aber gerade, was man unter angemessener Zeit zu verstehen hat, und hier kommt es eben auf den einzelnen Fall und die Umstände an.

Anm. 196. 2. **Von diesem Gesichtspunkt aus ist für den einseitigen Handelskauf folgender Grundsatz aufzustellen:** Treu und Glauben im Handelsverkehr erfordern es, daß der Käufer, der die Ware wegen Mangelhaftigkeit nicht genehmigen will, dies dem Verkäufer anzeigt und diese Anzeige auch nicht über Gebühr verzögert, da sonst angenommen werden muß, daß er sie genehmigen und behalten wolle. Der für den einseitigen Handelskauf geltende Rechtszustand kann dem für den zweiseitigen Handelskauf geltenden unter Umständen ähnlich sein, aber nie ganz gleich. In § 377 ist das Gebot sofortiger Mängelanzeige zu strenger gesetzlicher Regel ausgeprägt, während es hier auf Auslegung des Vertragswillens und auf einwandfreie Feststellung der Verkehrssitte in jedem einzelnen Falle ankommt.

Anm. 197. 3. Wo sich die Kriterien dieses Grundsatzes decken mit dem Grundsatze des § 377, da gelten auch im einzelnen die Folgerungen aus dem Grundsatze des § 377. So bezieht sich z. B. auch dieser Rechtsgrundsatz nur auf Qualitätsfehler, als welcher aber auch hier die Lieferung eines aliud im Falle des § 378 gelten muß. Die Pflicht zur Mängelanzeige in angemessener Frist setzt auch hier die Ablieferung voraus (vgl. Bolze 6 Nr. 563). Die Gefahr der Ankunft der Mängelanzeige trägt auch hier der Verkäufer. Die Rechtsfolge der unterbliebenen Anzeige ist auch hier Genehmigung und der Verlust der Rechte aus mangelhafter Beschaffenheit. Die Rechtsfolge der geschehenen Mängelanzeige ist das Recht, Ansprüche aus der fehlerhaften Lieferung zu erheben. Welches diese Ansprüche sind und über alle sonstigen Fragen s. die vorangehenden Anmerkungen. Es ist aber auch hier

Digitized by Google

erneut hervorzuheben, daß in jedem einzelnen Fall die Prüfung auf eine bestehende Verkehrs- § 377.
sitte auch dahin zu richten ist, ob der Käufer, der Nichtkaufmann ist, auch die Mängel, wie in Anm. 23 dargestellt, bei Vermeiden der Genehmigung im einzelnen rügen muß, oder ob es an einer allgemeinen Beanstandung genügt. § 346 läßt sich hier nicht verwerten, weil er sich nur mit Vorgängen unter Kaufleuten befaßt. Ferner ist zu beachten, daß dem Nichtkaufmann häufig die nötige Sachkunde und Erfahrung zu einer sofortigen Untersuchung der Ware abgeht, also gerade die entscheidenden Voraussetzungen des § 377 hier nicht zutreffen. Arglistiges Verschweigen beseitigt auch hier jede Genehmigungsvermutung.

4. Die auf der Verschiedenheit obiger Grundsätze von dem formalistischen Prinzip Anm. 198.
des § 377 beruhenden Verschiedenheiten im einzelnen sind nicht unerheblich. Zunächst sind die formellen und materiellen Voraussetzungen der Mängelanzeige hier nicht so formell und so streng aufzufassen, wie bei der Mängelanzeige des § 377. Gibt der Käufer nur deutlich kund, daß er die Ware mangelhaft finde, z. B. durch Rücksendung der Ware oder durch Tadel ihrer Beschaffenheit, dann wird der Verkäufer ihm nicht mit Erfolg entgegenhalten können, daß die Anzeige tatsächlich nicht genau genug sei. Sollte auch im einzelnen Falle die Anzeige nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange etwas früher tunlich gewesen sein, so wird doch darin nicht immer eine ungebührliche Zögerung gefunden werden. Insbesondere wird auf persönliche Behinderungen hier in größerem Umfange Rücksicht zu nehmen sein. Auch wird für den Käufer, wenn er nicht Kaufmann ist, der Begriff der ungebührlichen Zögerung viel weiter aufzufassen sein, als wenn der Käufer Kaufmann ist. Und endlich hat hier nicht der Käufer die gehörige und rechtzeitige Mängelanzeige als Vorbedingung der Geltendmachung seiner Rechtsmittel zu beweisen, vielmehr erwächst aus der ungebührlichen Verzögerung der Anzeige nur dem Verkäufer ein von ihm darzulegender Einwand.

Zusatz 2. Zusendung unbestellter Ware (hierüber Aßmann, Die unbestellte Zusendung, Anm. 199.
Berlin 01). Hier greift der Genehmigungsgrundsatz des § 377 nicht Platz (ROHG. 10, 144). Dieser Fall hat mit dem Fall des § 377 nichts zu tun, der einen fertigen Kaufabschluß voraussetzt. Eine hiervon wesentlich verschiedene Frage ist, ob und wann bei Zusendung unbestellter Ware in dem Schweigen die Annahme liegt, welche den in der Zusendung enthaltenen Vertragsantrag zum Inhalt eines Abschlusses macht.

Hier ist als Regel aufzustellen: Schweigen ist Ablehnung. Es besteht weder ein Gesetz noch ein allgemeiner Handelsgebrauch, kraft dessen der Empfänger unbestellter Ware unter dem Rechtsnachteil der Genehmigung zur ungesäumten Ablehnung verpflichtet wäre (ROHG. 3, 43); sollte auch eine Freimarke für Rückantwort beigelegt sein und der Absender eine Frist zur Rücksendung oder Antwort vorgeschrieben haben. Auch das Hinzutreten vorbehaltloser Annahme der Faktura genügt nicht, um eine Genehmigung anzunehmen, es müssen vielmehr noch andere Umstände hinzutreten (ROHG. 16, 131; Bolze 13 Nr. 432). Solche sind:

a) Die Bedeutung des Schweigens als Ablehnung wird beseitigt, wenn durch schlüssige Tatsachen Anm. 200.
auf seiten des Empfängers der Annahmewille ausgedrückt wird. Ein solche liegt dann vor, wenn der Empfänger die Ware in einer über die bloße Prüfung hinausgehenden Weise angreift (in Gebrauch nimmt, verarbeitet, verbraucht, veräußert). Der Empfänger muß alsdann den üblichen oder angemessenen Preis, und wenn auch die Faktura nicht beanstandet wurde, den fakturierten Preis zahlen (vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition 172f. und die dort angegebene Rechtsprechung; auch Gareis-Fuchsberger Note 98). Das dauernde Behalten der Ware, besonders wenn sie durch längere Dauer an Wert verliert, kann eine solche Genehmigungstatsache sein (Bolze 13 Nr. 432; JW. 92, 17[20]).

b) Die Bedeutung des Schweigens als Annahme wird ferner beseitigt, wenn der Absender zu Anm. 201.
erkennen gegeben hat, daß er aus dem Schweigen die Annahme nicht folgern werde. Dies ist der Fall bei Sendungen zur Ansicht. Der Empfänger muß die Ware, wenn er sie angenommen hat und nicht wieder zurücksendet, aufbewahren. Er haftet aber nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten (§ 690 BGB.). Erfolgte die Ansichtssendung auf

Digitized by Google

§ 377. Zusatz 1. Die Frage der Mängelrüge beim einseitigen Handelskauf.

Anm. 195. 1. **Beim einseitigen Handelskauf greift der § 377 nicht Platz** (oben Anm. 2). Aber darum darf doch nicht angenommen werden, daß hier einfach jede Rügepflicht fortfällt. Auf diesem Standpunkte stand auch das frühere Handelsrecht nicht. Das frühere Handelsrecht hatte im Art. 347 seine Rügepflicht nur für Distanzgeschäfte gegeben; aber die Praxis und die Wissenschaft des Handelsrechts nahm gleichwohl an, daß für Platzgeschäfte in dieser Hinsicht nicht einfach die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts gelten. Vielmehr wurde angenommen, daß es beim Handelskauf überhaupt eine allgemeine Anschauung des Handelsverkehrs ist, daß der Käufer die ihm gelieferte Ware alsbald untersuchen und den Mangel anzeigen muß. Man hatte von diesem Gesichtspunkte aus den Grundsatz, der in Art. 347 für Distanzgeschäfte aufgestellt war, in ähnlicher, wenn auch nicht in ganz so strenger Weise für Platzgeschäfte angenommen (vgl. 5. Aufl. § 48 zu Art. 347). Allein der Grundsatz des § 377 kann nicht einmal in abgeschwächter Form auf den einseitigen Handelskauf Anwendung finden. Die bestimmten Vorschriften der §§ 345, 377 stehen einer ausdehnenden Auslegung entgegen, für die auch die Denkschrift keinen Anhalt bietet. Sobald sich nicht Kaufleute gegenüberstehen, ändern sich die Verhältnisse der Art, daß für handelsrechtliche Anschauungen kein Raum bleibt. Nur das BGB. allein und dessen auf diese Verkehrssitte hinweisenden Grundsätze über Treu und Glauben können die Verkehrssicherheit gewährleisten. Danach ist es allerdings erforderlich, daß der Verkäufer innerhalb eines nicht zu lange bemessenen Zeitraums Gewißheit erlangt, ob seine Leistung als vertragsmäßige Erfüllung angenommen ist. Allein eine für alle Fälle passende Verpflichtung des Käufers zu unverzüglicher Untersuchung und Mängelanzeige läßt sich aus einer so allgemeinen Auffassung nicht herleiten. Nur im einzelnen Falle (Hamburg OLGR. 6, 90) wird sich aus dem Vertrag selbst und aus einer im Geschäftsverkehr herrschenden tatsächlichen Übung eine dem § 377 ähnliche Pflicht ergeben (Hamburg OLGR. 10, 341). Eine solche tatsächliche Übung bedarf aber der genauen tatsächlichen Feststellung nach Inhalt und Umfang (RG. 49, 157; Dernburg II 2 § 189 III b Fußnote 4; vgl. Schönfeld im Recht 02, 504 und 03, 288; dagegen Staub DJZ. 02, 24). Ist der Käufer Kaufmann, so wird man, da ihm die handelsrechtlichen Anschauungen geläufiger sind, einen strengeren Maßstab, der sich der Tragweite des § 377 mehr nähert, anzulegen haben. Daß im Ablauf einer angemessenen Zeit ohne Rüge eine Genehmigung der Ware liegt (Staub DJZ. 02, 24), ist nicht zu bezweifeln. Die Frage ist aber gerade, was man unter angemessener Zeit zu verstehen hat, und hier kommt es eben auf den einzelnen Fall und die Umstände an.

Anm. 196. 2. **Von diesem Gesichtspunkt aus ist für den einseitigen Handelskauf folgender Grundsatz aufzustellen:** Treu und Glauben im Handelsverkehr erfordern es, daß der Käufer, der die Ware wegen Mangelhaftigkeit nicht genehmigen will, dies dem Verkäufer anzeigt und diese Anzeige auch nicht über Gebühr verzögert, da sonst angenommen werden muß, daß er sie genehmigen und behalten wolle. Der für den einseitigen Handelskauf geltende Rechtszustand kann dem für den zweiseitigen Handelskauf geltenden unter Umständen ähnlich sein, aber nie ganz gleich. In § 377 ist das Gebot sofortiger Mängelanzeige zu strenger gesetzlicher Regel ausgeprägt, während es hier auf Auslegung des Vertragswillens und auf einwandfreie Feststellung der Verkehrssitte in jedem einzelnen Falle ankommt.

Anm. 197. 3. **Wo sich die Kriterien dieses Grundsatzes decken mit dem Grundsatze des § 377, da gelten auch im einzelnen die Folgerungen aus dem Grundsatze des § 377.** So bezieht sich z. B. auch dieser Rechtsgrundsatz nur auf Qualitätsfehler, als welcher aber auch hier die Lieferung eines aliud im Falle des § 378 gelten muß. Die Pflicht zur Mängelanzeige in angemessener Frist setzt auch hier die Ablieferung voraus (vgl. Bolze 6 Nr. 563). Die Gefahr der Ankunft der Mängelanzeige trägt auch hier der Verkäufer. Die Rechtsfolge der unterbliebenen Anzeige ist auch hier Genehmigung und der Verlust der Rechte aus mangelhafter Beschaffenheit. Die Rechtsfolge der geschehenen Mängelanzeige ist das Recht, Ansprüche aus der fehlerhaften Lieferung zu erheben. Welches diese Ansprüche sind und über alle sonstigen Fragen s. die vorangehenden Anmerkungen. Es ist aber auch hier

Digitized by Google

erneut hervorzuheben, daß in jedem einzelnen Fall die Prüfung auf eine bestehende Verkehrs- § 377.
sitte auch dahin zu richten ist, ob der Käufer, der Nichtkaufmann ist, auch die Mängel, wie in Anm. 23 dargestellt, bei Vermeiden der Genehmigung im einzelnen rügen muß, oder ob es an einer allgemeinen Beanstandung genügt. § 346 läßt sich hier nicht verwerten, weil er sich nur mit Vorgängen unter Kaufleuten befaßt. Ferner ist zu beachten, daß dem Nichtkaufmann häufig die nötige Sachkunde und Erfahrung zu einer sofortigen Untersuchung der Ware abgeht, also gerade die entscheidenden Voraussetzungen des § 377 hier nicht zutreffen. Arglistiges Verschweigen beseitigt auch hier jede Genehmigungsvermutung.

4. Die auf der Verschiedenheit obiger Grundsätze von dem formalistischen Prinzip Anm. 198.
des § 377 beruhenden Verschiedenheiten im einzelnen sind nicht unerheblich. Zunächst sind die formellen und materiellen Voraussetzungen der Mängelanzeige hier nicht so formell und so streng aufzufassen, wie bei der Mängelanzeige des § 377. Gibt der Käufer nur deutlich kund, daß er die Ware mangelhaft finde, z. B. durch Rücksendung der Ware oder durch Tadel ihrer Beschaffenheit, dann wird der Verkäufer ihm nicht mit Erfolg entgegenhalten können, daß die Anzeige tatsächlich nicht genau genug sei. Sollte auch im einzelnen Falle die Anzeige nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange etwas früher tunlich gewesen sein, so wird doch darin nicht immer eine ungebührliche Zögerung gefunden werden. Insbesondere wird auf persönliche Behinderungen hier in größerem Umfange Rücksicht zu nehmen sein. Auch wird für den Käufer, wenn er nicht Kaufmann ist, der Begriff der ungebührlichen Zögerung viel weiter aufzufassen sein, als wenn der Käufer Kaufmann ist. Und endlich hat hier nicht der Käufer die gehörige und rechtzeitige Mängelanzeige als Vorbedingung der Geltendmachung seiner Rechtsmittel zu beweisen, vielmehr erwächst aus der ungebührlichen Verzögerung der Anzeige nur dem Verkäufer ein von ihm darzulegender Einwand.

Zusatz 2. Zusendung unbestellter Ware (hierüber Aßmann, Die unbestellte Zusendung, Anm. 199.
Berlin 01). Hier greift der Genehmigungsgrundsatz des § 377 nicht Platz (ROHG. 10, 144). Dieser Fall hat mit dem Fall des § 377 nichts zu tun, der einen fertigen Kaufabschluß voraussetzt. Eine hiervon wesentlich verschiedene Frage ist, ob und wann bei Zusendung unbestellter Ware in dem Schweigen die Annahme liegt, welche den in der Zusendung enthaltenen Vertragsantrag zum Inhalt eines Abschlusses macht.

Hier ist als Regel aufzustellen: Schweigen ist Ablehnung. Es besteht weder ein Gesetz noch ein allgemeiner Handelsgebrauch, kraft dessen der Empfänger unbestellter Ware unter dem Rechtsnachteil der Genehmigung zur ungesäumten Ablehnung verpflichtet wäre (ROHG. 3, 43); sollte auch eine Freimarke für Rückantwort beigelegt sein und der Absender eine Frist zur Rücksendung oder Antwort vorgeschrieben haben. Auch das Hinzutreten vorbehaltloser Annahme der Faktura genügt nicht, um eine Genehmigung anzunehmen, es müssen vielmehr noch andere Umstände hinzutreten (ROHG. 16, 131; Bolze 13 Nr. 432). Solche sind:

a) Die Bedeutung des Schweigens als Ablehnung wird beseitigt, wenn durch schlüssige Tatsachen Anm. 200.
auf seiten des Empfängers der Annahmewille ausgedrückt wird. Ein solche liegt dann vor, wenn der Empfänger die Ware in einer über die bloße Prüfung hinausgehenden Weise angreift (in Gebrauch nimmt, verarbeitet, verbraucht, veräußert). Der Empfänger muß alsdann den üblichen oder angemessenen Preis, und wenn auch die Faktura nicht beanstandet wurde, den fakturierten Preis zahlen (vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition 172 f. und die dort angegebene Rechtsprechung; auch Gareis-Fuchsberger Note 98). Das dauernde Behalten der Ware, besonders wenn sie durch längere Dauer an Wert verliert, kann eine solche Genehmigungstatsache sein (Bolze 13 Nr. 432; JW. 92, 17[20]).

b) Die Bedeutung des Schweigens als Annahme wird ferner beseitigt, wenn der Absender zu Anm. 201.
erkennen gegeben hat, daß er aus dem Schweigen die Annahme nicht folgern werde. Dies ist der Fall bei Sendungen zur Ansicht. Der Empfänger muß die Ware, wenn er sie angenommen hat und nicht wieder zurücksendet, aufbewahren. Er haftet aber nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten (§ 690 BGB.). Erfolgte die Ansichtssendung auf

Digitized by Google

§ 377. Grund geschäftlichen Verkehrs oder auch nur zufolge häufigeren Verkehrs, so handelt es sich nicht mehr um einen Verwahrungsvertrag, sondern um eine Auswahl- oder Musterssendung, d. h. um eine Zusendung, die in vorauszusetzendem Einverständnis des Empfängers erfolgte und einem bedingten Kauf, nämlich bedingt durch die Nichtzurückweisung innerhalb angemessener Frist, gleichsteht (vgl. Bolze 21 Nr. 469; OLG. Karlsruhe ZHR. 38, 138; Exk. zu § 382 Anm. 15). Der Empfänger haftet in diesem Fall für Aufwendung gehöriger Sorgfalt nach § 276 BGB. Über Genehmigung der Ware gelten die in Anm. 200 dargestellten Grundsätze. Von Bedeutung wird bei bestehendem Geschäftsverkehr das Schweigen hier namentlich, wenn Rücksendung verlangt ist (Riesenfeld Nr. 234 ff.). Ist die Genehmigung erfolgt, so erstreckt sie sich auf die ganze Auswahlsendung. Man kann nicht einwenden (vgl. Förster-Eccius II § 124 Anm. 109), es fehle an der Bestimmtheit der zu behaltenden, also bedingt gekauften Ware. Denn diese Erwägung geht von der nicht zutreffenden Unterstellung aus, es sollte nicht die ganze Ware, sondern nur ein unbestimmbarer Teil gekauft werden. Der Verkäufer hat jedoch die ganze Ware angeboten, läßt aber die Auswahl zu, die jedoch nicht getroffen ist. Über die Kosten der Rückgabe von Auswahlsendungen s. Exk. zu § 382 Anm. 22). Der Empfänger braucht regelmäßig nicht zurückzusenden. Der Absender muß die Ansichtssendung abholen. Ist er zur Abholung aufgefordert, so gerät er in Annahmeverzug. Der Empfänger haftet von da an nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 300 Abs. 1, § 304 BGB.; vgl. auch Biberfeld BörsBl. f. d. deutsch. Buchhandel 04, 5481).

Anm. 202. c) Ist der Empfänger Kaufmann und die Zusendung an ihn unter Verhältnissen erfolgt, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Veranlassung und Pflicht des Empfängers, sich im Falle der Ablehnung zu erklären, annehmen lassen, so ist Schweigen Annahme und Genehmigung. Solche den Kaufmann zur Erklärung verpflichtende Verhältnisse sind z. B. bestehende Geschäftsverbindung, Verbindung bestellter Ware mit unbestellter (ROHG. 16, 41; OLG. Darmstadt HessRpr. 4, 49), Kenntnis des Empfängers, daß der Absender irrtümlich angenommen hat, es liege eine Bestellung vor (vgl. Gareis a. a. O. 177; Gareis-Fuchsberger Note 89; vgl. § 346 Anm. 13 ff.). In diesen Ausnahmefällen bedeutet Schweigen Genehmigung. Mit dieser Genehmigung sind die erkennbaren Mängel der Ware ebenfalls genehmigt. Ob später erkennbare gerügt werden können, richtet sich bei zweiseitigen Handelskäufen nach § 377, sonst nach dem BGB. und den oben erörterten Anschauungen (Anm. 195 ff.).

Exk. zu § 377.

Exkurs zu § 377.

Die Verletzung vertraglicher Rechte durch Dritte.

Anm. 1. **Die Verletzung eines vertraglichen Rechts durch einen Dritten gibt dem Verletzten keinen Schadensersatzanspruch.** Die gegenteilige Annahme würde einen Rechtssatz des Inhalts erfordern, daß man allgemein für vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Vermögensschaden hafte. Ein derartiger Satz ist jedoch abzulehnen (§ 347 Anm. 11). In der Literatur (zusammengestellt in RG. 57, 354), teilweise auch in der Rechtsprechung (Colmar OLGR. 9, 39) ist der Versuch gemacht worden, dem Satze Geltung zu verschaffen, daß im Falle schuldhaft widerrechtlicher Verletzung eines obligatorischen Rechtes derselbe Schutz eintrete, den § 823 Abs. 1 BGB. bei Verletzung eines „sonstigen Rechts" gewährt. Dieser Ansicht wird mit Recht entgegengehalten (RG. 57, 356), daß ein Dritter, der in das obligatorische Recht eines andern schädigend eingreift — von gesetzlich besonders und ausdrücklich geregelten Fällen abgesehen — eine Rechtspflicht nur dann verletzt und einer Widerrechtlichkeit nur dann sich schuldig macht, wenn er in solche Rechte eingreift, die ihre Grundlage nicht im Vertrage haben. Diese Widerrechtlichkeit kann auch nur von dem geltend gemacht werden, dem das verletzte Recht ohne Rücksicht auf den Vertrag zusteht. Unter einem „sonstigen Recht" des § 823 Abs. 1 BGB. ist daher nicht ein vertragsmäßiges Recht, sondern nur ein absolutes Recht zu verstehen, das, wie die in § 823 Abs. 1 BGB. aufgezählten Rechte, von jedermann beachtet werden muß. Daher macht die Verletzung eines obligatorischen Rechts durch einen Dritten nur dann schadensersatzpflichtig, wenn die

Digitized by Google

Handlung aus einem anderen Grund als wegen Schädigung des obligatorischen Rechts sich als eine widerrechtliche darstellt. Exk. zu § 377.

Beispiele werden die Tragweite dieses Grundsatzes veranschaulichen: Hat ein Fabrikant wissentlich salzhaltigen Kalk zu Bauzwecken in den Handel gebracht, so kann der Bauherr oder Bauunternehmer, der mit dem Fabrikanten in keinem Vertragsverhältnisse steht, sich auch nicht von seinem Verkäufer dessen Rechte gegen den Fabrikanten hat abtreten lassen (§ 281 BGB.), den Fabrikanten nicht etwa mit der Begründung haftbar machen, daß das Gebäude wegen des salzhaltigen Kalks nicht bemalt werden könne oder schadhaft geworden sei oder von seinem Besteller nicht abgenommen werde (RG. 57, 353). Anders liegt der Fall, wenn wissentlich oder fahrlässig gesundheitsschädliche Waren in Verkehr gebracht werden. Hier greift § 823 Abs. 1 BGB. ein. So kann ferner der dritte Käufer wertloser Aktien nicht unmittelbar den Vormann seines Verkäufers ohne Abtretung der Rechte auf Schadensersatz mit der Begründung belangen, daß der Vormann des Verkäufers diesen arglistig getäuscht und dadurch die vertraglichen Rechte des Dritten verletzt habe (vgl. RG. 59, 238 und § 349 Anm. 25). Auch kann der Käufer einer beschädigten Sache nicht Anspruch gegen den erheben, der sie beim Verkäufer vor dem Kaufe beschädigt hat (RG. 59, 329). Wer eine Sache gekauft hat, ohne daß sie ihm übergeben worden ist, kann nicht den auf Schadensersatz belangen, an welchen der Käufer die Sache nochmals verkauft und übergeben hat; der erste Käufer kann auch nicht wegen Verletzung seines vertraglichen Rechts auf Übergabe gegen den Dritten klagen. Nur dann würde die Sache anders liegen, wenn ein arglistiges Zusammenwirken des Verkäufers und des zweiten Käufers stattgefunden hätte, um die Rechte des ersten Käufers zu vereiteln (§ 826 BGB.; Exk. zu § 346 Anm. 13; RG. in SeuffA. 61, 450). Auch kann der, welcher den Verkäufer an Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gegenüber dem Käufer verhindert hat, von dem Käufer nicht wegen Verletzung seiner Vertragsrechte in Anspruch genommen werden (vgl. RG. 57, 353; unentschieden RG. 57, 142 oben); es wäre denn, daß ein arglistiges Zusammenwirken stattgefunden hätte (Exk. zu § 346 Anm. 13). So kann der Verkäufer seinem Abnehmer zwar wirksam die Auflage machen, die Ware nicht unter einem bestimmten Preis oder nur in einem bestimmten Bezirk abzusetzen; allein gegen Dritte wirkt eine solche Verfügungsbeschränkung oder ein solches Verbot nicht, sollte der Dritte das Verbot auch beim Erwerb gekannt haben (RG. 63, 394; § 366 Anm. 76; Exk. zu § 346 Anm. 27). Ebenso verhält es sich mit den Verkehrsbeschränkungen im Gebiete des Patentrechts; sie haben keine dingliche Wirkung (Exk. vor § 373 Anm. 6). Diese dingliche Wirkung läßt sich auch nicht dadurch herbeiführen, daß die Grundsätze über gutgläubigen Erwerb angerufen werden, oder daß das Verbot in Form einer auflösenden Bedingung gekleidet wird. Ebensowenig kann der Verkäufer, der an einen zahlungsunfähigen Käufer verkauft, gegen den Dritten, der demnächst in Besitz der Sache gelangt, einen Bereicherungsanspruch geltend machen (JW. 03 Beil. 24[49]). Über den Kauf einer mit Eigentumsvorbehalt belasteten Sache s. Exk. zu § 382 Anm. 64. Anm. 2.

§ 378.

Die Vorschriften des § 377 finden auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Waare oder eine andere als die bedungene Menge von Waaren geliefert ist, sofern die gelieferte Waare nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. § 378.

Lit.: Schneider, Zwei Urteile zu § 378 HGB.; ZHR. 54, 90; Schönfeld, Die Tragweite des § 378, Recht 05, 365.

Der vorliegende Paragraph dehnt die Vorschriften des § 377 aus auf Quantitätsmängel und auf die Lieferung einer andern Sache. Die Vorschrift ist neu. Nach der älteren Rechtsprechung wurde der dem § 377 entsprechende Art. 347 auf Quantitätsmängel und auf die Lieferung anderer Ware nicht zur Anwendung gebracht. Beim Kauf einer bestimmten Sache bot Einleitung.

Digitized by Google

§ 378. diese Regel keine Schwierigkeit, weil eben die bestimmte Sache und keine andere zu liefern war. Beim Gattungskauf nahm man ein aliud an, wenn Handelsgut anderer Gattung geliefert war (ROHG. 14, 371; 24, 404; RG. 18, 55). Diese Unterscheidung führte zu unbefriedigenden Ergebnissen und entbehrte der inneren Berechtigung (D. 226). Die Unterscheidung nach der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Warengattung wurde deshalb aufgegeben und an deren Stelle ein anderes Merkmal dafür aufgestellt, ob eine Mängelrüge erforderlich ist oder nicht. Nur dann soll nämlich die Unterlassung unverzüglicher Mängelrüge dem Käufer nicht nachteilig sein, wenn die gelieferte Ware mit der bestellten gar nichts gemein hat und offensichtlich für die Zwecke des Käufers ohne Bedeutung, d. h. untauglich, ist. Nur auf die offenbare Untauglichkeit der Ware zur Vertragserfüllung nach rein objektiven Gesichtspunkten kommt es an, nicht mehr auf den Unterschied zwischen Mängeln und Gattungsverschiedenheit. Ob der Verkäufer die Genehmigung der Ware durch den Käufer voraussetzte oder voraussetzen durfte, ob der Verkäufer von der Vertragswidrigkeit der Ware Kenntnis besaß oder nicht, ist gleichgültig (vgl. die dem Reichstag vorgelegte D. 226; a. M. Düringer-Hachenburg § 378 V). Die Grenze im Sinne des § 378 ist daher dahin zu ziehen — und zwar sowohl für den Gattungs- wie für den Spezieskauf — daß die Verschiedenheit des bestellten und gelieferten Handelsgutes nach seiner Beschaffenheit oder Menge so erheblich sein muß, daß nach vernünftiger Auffassung der Sachlage ein Kaufmann mit dieser Ware, einen Versuch, diesen Vertrag zu erfüllen, nicht machen würde und von dem Käufer ein Behalten der Ware als Erfüllung dieses Vertrags nicht erwartet werden kann. Damit ist ausgesprochen, daß die vernünftige Auffassung der Sachlage sich nach der Verwendbarkeit der Ware für den vertragsmäßig bestimmten Zweck und nach den Verkehrsanschauungen, ohne Rücksicht auf technische Unterscheidungen, zu richten hat. In der obigen Grenzbestimmung ist auch gesagt, daß die einer anderen Warengattung angehörige, gelieferte Ware deshalb allein noch nicht zur Vertragserfüllung ungeeignet ist und ferner, daß die derselben Gattung angehörende gelieferte Ware sogar trotz der Gattungsgleichheit doch so sehr von der bestellten abweichen kann, daß sie unter keinen Umständen, auch nicht einmal teilweise, den Vertragszweck zu erfüllen vermag. Wäre die Erfüllung, wenn auch nur mangelhaft möglich, so würde die Ausnahme von § 378 nicht zutreffen; denn die größere oder geringere Tauglichkeit für den bestimmungsmäßigen Gebrauch ist nur für den größeren oder geringeren Umfang des Qualitätsmangels maßgebend. Eine Abweichung in der Gattung ist von geringer Bedeutung, wenn die Tauglichkeit für den Vertragszweck nicht aufgehoben ist. Endlich setzt § 378 überall voraus, daß die gelieferte Ware noch Handelsgut, wenn auch nicht derselben Gattung, ist. Als Handelsgut ist es nicht anzusehen, wenn statt gangbarer Lospapiere ohne Gewinn gezogene Lose (D. 225; RG. 1, 292) oder börsenmäßig überhaupt nicht gangbare Wertpapiere statt der bestellten geliefert werden (RG. 4, 196).

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift setzt voraus,**

a) daß eine andere als die bedungene Ware geliefert ist. Wann ein aliud vorliegt, braucht anscheinend angesichts dieser Vorschrift nicht erörtert zu werden. Die Vorschrift bezweckt ja gerade, diese schwierige Unterscheidung überflüssig zu machen. Die Vorschriften des § 377 sollen ja eben auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein aliud vorliegt (OLG. Hamburg HansGZ. 04 Hptbl. 286). Die Fassung des § 378 ist aber nicht so gelungen, daß sich nicht der alte Streit in neuer Form erhebt. Die Frage ist jetzt dahin zu stellen, ob ein unter die Ausnahmevorschrift des § 378 fallendes aliud geliefert worden ist. Die frühere Rechtsprechung hatte nach heutiger Auffassung, als nicht unter die Ausnahmevorschrift fallend, angesehen: die Lieferung brauner statt blauer Hüte desselben Stoffs und derselben Form (ROHG. bei Puchelt-Förtsch Anm. 5e); von Wagenfedern aus Eisen statt aus Stahl (ROHG. ebenda); von verfälschtem statt reinem Bienenwachs (OLG. Hamburg HansGZ. 04 Hptbl. 149); rissigen statt guten Tuchs (ROHG. 7, 113); einer Mischung von Magerkohlen und Fettkohlen statt reiner Fettkohlen (RG. 25, 27); einer Mischung von Weizenmehl und Roggenmehl statt reinen Roggenmehls (Bolze 18 Nr. 434), wenn entweder gar kein Vertragszweck vereinbart war oder der vereinbarte Zweck noch (mangelhaft) erfüllt werden konnte

Digitized by Google

(ähnlich RG. in DJZ. 06, 146). Diese Entscheidungen sind jetzt um so mehr als zutreffend anzuerkennen, als § 378 das Gebiet des früheren Art. 347 erheblich erweitern wollte. § 378.

Desgleichen sollen die Vorschriften des § 377 auch dann Anwendung finden, wenn eine andere als die bedungene Warenmenge geliefert wird, mag zu wenig oder zuviel geliefert sein. Die Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall, daß der Quantitätsmangel wegen der Eigenartigkeit der betreffenden Ware zugleich einen Qualitätsmangel enthält, z. B. zu kurzes Holz, zu breite oder zu schmale Tücher oder Zigarrenkisten, die nur mit je 50 Stück gefüllt sind usw. Fälle dieser Art s. zu § 377 Anm. 9. Sie fallen ohnehin unter den § 377, ohne daß es der Heranziehung des vorliegenden Paragraphen bedarf. Der vorliegende Paragraph bestimmt eben, daß auch dann, wenn der Quantitätsfehler nicht schon von selbst als Qualitätsfehler zu betrachten ist, sondern als reiner Quantitätsfehler, der § 377 gleichwohl Anwendung finden soll. Anm. 2.

b) Es darf jedoch die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweichen, daß der Verkäufer die Genehmigung als ausgeschlossen betrachten mußte. Dabei kann es aber dem Käufer nicht zum Nachteile gereichen, wenn der Verkäufer hierbei von falschen Voraussetzungen ausging; wenn er also annahm, daß der Käufer genehmigen werde, oder wenn er sich hierüber gar keine Gedanken gemacht hat (s. oben Einl.). Das Erfordernis ist vielmehr objektiv aufzufassen. Es muß objektiv die Sache so liegen, daß der Verkäufer eine Genehmigung als ausgeschlossen betrachten mußte, weil die gelieferte Ware mit der bestellten nichts gemein hat und offensichtlich für die vertragsmäßig festgelegten Zwecke nicht verwendbar ist. Der Ausdruck offensichtlich ist nicht in dem engen Sinn „dem äußeren Ansehen nach", sondern als gleichbedeutend mit „jedem verständigen Kaufmann erkennbar" zu nehmen. Die subjektive Seite (also, daß der Verkäufer wußte oder annehmen konnte, es entspreche die gelieferte Ware dem Vertragszwecke nicht) muß völlig ausgeschieden werden. Der Verwendungszweck muß zum Vertragsinhalt gemacht sein, und bildet dann den obengedachten objektiven Maßstab. Für diese strengere Auffassung auch JW. 04, 9[10]. Trotzdem ist § 278 nicht angewendet worden, als Weiden in Bunden zu 5 und 10 kg, statt durchweg in Bunden zu 5 kg, geliefert waren, weil der Käufer schon bei früheren Geschäften und im Bestellbrief Bunde zu 10 kg ausdrücklich abgelehnt hatte (RG. bei Holdheim 13, 50). Die frühere Rechtsprechung hatte, ausgehend von dem aufgegebenen Begriff der Gattungsverschiedenheit, ein aliud angenommen bei Lieferung von Vieh anderer Rasse (Bolze 12 Nr. 465); von Kalbs- statt Wildleder; von unechter statt echter Ware (ROHG. 19, 403); von geringwertigen Medaillen statt echter alter Münzen (RG. 49, 422; dagegen Schloßmann in Fischers Abh. 9 Heft 3, 53); von Sommer- statt Winterrübsen (ROHG. 7, 410); von Wintersaat- statt Sommersaaterbsen (ROHG. 24, 405; Bolze 3 Nr. 108; 5 Nr. 659); von Winterrübsen statt Sommerraps (RG. 20, 88); von deutschem Rotkleesamen statt Bullenkleesamen (Bolze 5 Nr. 671 c). Diese Entscheidungen können nach heutigem Recht nicht mehr ohne weiteres gelten, weil in jedem einzelnen Falle festzustellen ist, ob die Ware gar nichts mehr mit dem Bestellten gemein hat, und ob nicht wenigstens eine mangelhafte Vertragserfüllung möglich ist. Es wird daher ins Gewicht fallen, daß bei einem zu Saatzwecken abgeschlossenen Kauf naturgemäß Backgut dem festgestellten Vertragszweck überhaupt nicht genügen kann. Anm. 3.

Handelt es sich um vertragswidrige Beimischungen anderer Ware (oben Anm. 1), so kommt es nicht auf den Umfang der Beimischung und die dadurch bewirkte Wertsminderung sondern darauf an, ob die Beimischung die Erreichung des Vertragszweckes überhaupt unmöglich macht, mag auch eine solche Beimischung das Ganze zu einer Sache anderer Gattung machen (über letzteres Bolze 3 Nr. 708). Anm. 4.

Beim Kauf von Wertpapieren hat man früher ein aliud angenommen bei Lieferung nicht emittierter Aktien statt emittierter, von Aktien ohne Bezugsrecht statt solcher mit Bezugsrecht (ROHG. 14, 357); ungestempelter ausländischer Inhaberpapiere statt gestempelter inländischer (ROHG. 20, 419); gefälschter Rententitel (RG. bei Gruch. 39, 1105); einer Anm. 5.

Digitized by Google

§ 378. Hundertflorinrente statt einer Tausendflorinrente (Bolze II Nr. 393). Alle diese Fälle werden auch jetzt unter die Ausnahmevorschrift des § 378 fallen (vgl. auch § 381 Anm. 10 u. 11).

Anm. 6. c) Es ist ferner selbstverständliche Voraussetzung, daß der Verkäufer die gelieferte Ware zum Zwecke der Erfüllung übermittelte. Wollte der Verkäufer mit dem aliud oder mit dem Mehr oder Weniger der Lieferung nicht erfüllen, sondern bot er dem Käufer nur anstatt der schuldigen Erfüllung oder über die schuldige Erfüllung hinaus das aliud oder das Mehr an, so greift die Anzeigepflicht und das Genehmigungspräjudiz des § 377 nicht Platz (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 45). Hier finden vielmehr die Grundsätze von der Zusendung unbestellter Ware Anwendung (§ 377 Anm. 199 ff.; RG. bei Holdheim 13, 50 und D. 226 Reichstagsvorl.). Bei Zuvielsendungen dieser Art kann wegen des innerhalb der bestellten Quantität Gelieferten unter Umständen § 377 Platz greifen, nämlich wenn infolge der Mehrsendung das vertragsmäßige Quantum mit einem Qualitätsfehler behaftet ist (zu lange Hölzer, die Ausscheidung ist zu schwer usw.; s. RG. 23, 127; RG. in ElsLothZ. 29, 302 und § 377 Anm. 173 ff.), oder wenn das Ausscheiden so einfach ist, daß eine Zurückweisung der ganzen Sendung gegen Treu und Glauben verstoßen würde (OLG. Dresden SächsA. 12, 505).

Anm. 7. d) Ferner ist vorausgesetzt, daß der sonstige Tatbestand des § 377 vorliegt, nämlich das Vorhandensein eines zweiseitigen Handelskaufs. Liegt ein einseitiger Handelskauf vor, so findet zwar nicht § 378 entsprechende Anwendung (a. M. 6./7. Aufl.), aber es kann im einzelnen Falle nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Pflicht zur Mängelanzeige sich ergeben; hierüber § 377 Anm. 195 ff.

Anm. 8. e) Endlich setzt auch § 378 die erfolgte Ablieferung der Ware voraus (JW. 04, 341[10]). Daher ist im Falle der Annahmeverweigerung überhaupt eine Rüge unnötig; sie ist noch nicht nötig, wenn erst die Faktura eingelaufen ist, aus der zu ersehen war, daß zuviel oder zu wenig oder eine andere Ware geliefert werden solle. Der Käufer darf die Ablieferung abwarten (§ 377 Anm. 16 und 114).

Anm. 9. 2. Die Rechtsfolge ist, daß der § 377 Anwendung findet. So drückt sich das Gesetz aus. Aber gemeint ist offenbar, daß nicht nur der § 377, also nicht nur die dort angeordnete Anzeigepflicht, sondern überhaupt die Vorschriften über die Gewährleistung beim Handelskauf Platz greifen und nicht die Vorschriften über den Erfüllungsverzug. Würde man dies nicht annehmen, so würde man nicht folgerichtig verfahren, und außerdem würde die Absicht des Gesetzes vereitelt werden. Die schwankende Rechtsprechung darüber, wann ein aliud vorliegt, würde zwar bei der Anzeigepflicht und dem Genehmigungspräjudiz fortfallen, aber sofort wieder zum Vorschein kommen, wenn der Mangel sofort angezeigt ist oder wegen arglistigen Verschweigens die Mängelanzeige nicht sofort zu erfolgen brauchte. Denn dann müßten, wenn ein aliud vorliegt, die Regeln vom Erfüllungsverzuge, wenn kein aliud vorliegt, die Regeln von der Gewährleistung wegen Mängel angewendet werden, und jene schwierige Unterscheidung müßte wieder gemacht werden (a. M. Düringer-Hachenburg § 378 Note III; unentschieden RG. in DJZ. 06, 146). Auch die Grundsätze über schuldhafte Vertragserfüllung (§ 377 Anm. 100 ff.) kommen zur Anwendung und ebenso die Grundsätze über arglistiges Verschweigen (§ 377 Anm. 148 ff.). Aber auch hier ist die Anfechtung wegen Irrtums ausgeschlossen, soweit die Gewährleistungsvorschriften Platz greifen (§ 377 Anm. 56). Endlich hat der Käufer auch die Aufbewahrungspflicht des § 379. Selbstverständlich ist es dem Käufer nicht benommen, zuerst irgendwelche anderen Mängel und nachher erst das mangelnde Gewicht usw. zu rügen, wenn diese letztere Rüge noch rechtzeitig war (RG. bei Holdheim 04, 249).

Anm. 10. a) Ist mehr, als gekauft war, geliefert, so hat die Unterlassung der Rüge die Folge, daß der Käufer die Lieferung als Erfüllung gelten lassen, das Überschießende behalten und im Zweifel so bezahlen muß, als sei für die Berechnung derselbe Preis, wie für die bestellte Ware, vereinbart. Zu einer gehörigen Rüge im Sinne des § 378 gehört die Angabe, wieviel und bei welcher Lieferung zuviel geliefert wurde (vgl. RG. in LZ. 07, 141[1]).

Digitized by Google

b) Ist weniger, als gekauft, geliefert, so gilt das Manko als genehmigt, wenn nicht der Käufer rechtzeitig angezeigt hat, daß und bei welcher Sendung und um wieviel das Gelieferte hinter dem Gekauften zurückgeblieben ist. Der Käufer kann dann nicht einmal Preisminderung begehren. Selbstverständlich muß die Leistung als Vollleistung angeboten sein. Das gehört zur Voraussetzung des § 378 (oben Anm. 6). Schneider 90 und alle Kommentare (ausgenommen Lehmann-Ring § 378 Nr. 10) wollen dagegen als Rechtsfolge nur annehmen, daß der Verkäufer nicht mehr nachzuliefern habe, während der Käufer nur das wirklich Gelieferte zu bezahlen brauche. Allein wenn die Vorschrift des § 377 Anwendung finden soll, so heißt das: hier wie dort muß der Käufer, obgleich nicht die vertragsmäßige Qualität (= Quantität) geliefert ist, dennoch zahlen, wie wenn vertragsmäßig geliefert wäre (so auch OLG. Stettin ZHR. 54, 90; OLG. Breslau Recht 05, 229[1068]; OLG. Hamburg LZ. 07, 69[2]). Könnte der Käufer nachträglich geltend machen, es sei weniger als fakturiert geliefert, so wurde der Zweck des § 378 vereitelt, der sogar zur Vollzahlung einer minderwertigen Ware ebenso wie § 377 führt und führen soll. Die gegenteilige Annahme mußte zu unerträglichen Unstimmigkeiten führen, wenn ein Quantitätsmangel zugleich ein Qualitätsmangel ist, oder wenn für einen Teil der Ware ein Quantitätsmangel, für einen andern Teil ein Qualitätsmangel, gegeben ist. Auf einem andern Gebiet liegt es, wenn der Käufer trotz des Mankos volle Zahlung geleistet hat; hier verzichtet er auf Geltendmachung des Mankos (ROHG. 1, 125). § 378. Anm. 11.

c) Ist eine andere Ware geliefert, so muß auch Käufer diese behalten und voll bezahlen, wenn die Rüge nicht gehörig erfolgt ist (vgl. ROHG. 18, 239). Anm. 12.

Zusatz 1. Wie aber, wenn die Ware qualitativ und quantitativ so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung als ausgeschlossen betrachten mußte? Hier bedarf es keiner Mängelanzeige. Die gewöhnliche Rüge findet statt, die weder unverzüglich zu erfolgen braucht, noch in Einzelheiten eingehen muß. Eine ganz allgemeine Ablehnung der Erfüllungsannahme genügt (vgl. ROHG. 13, 215; RG. 18, 55). Der durch die Ausnahmevorschrift des § 378 Betroffene darf sich nämlich nicht gänzlich passiv verhalten; er muß seine Zurückweisung dem Verkäufer kund tun. Sein Verhalten kann nach §§ 127, 242 BGB. zu einer Genehmigung der Leistung als Vertragserfüllung, auch zu Schadensersatz nach § 276 BGB., § 346 HGB. und in besonderen Fällen zu Umkehrung der Beweislast führen (Schneider 97). Anm. 13.

Zusatz 2. Die Beweislast für gehörige Erfüllung kann der Verkäufer zwar nicht von sich ablehnen und muß daher auch beweisen, daß der Regelfall des § 377 und nicht die Ausnahmevorschrift des § 378 Platz greift (Düringer-Hachenburg § 378 Note VI); allein die Beweislast kehrt sich um, wenn der Käufer die Ware ohne Rüge als Erfüllung angenommen und nun mit der Behauptung hervortritt, es habe der Rüge nach der Ausnahmevorschrift des § 378 nicht bedurft (§ 363 BGB.). Nun muß der Käufer beweisen, was der Ware fehlt (vgl. RG. in LZ. 07, 141[1]). Ebenso verhält es sich, wenn der Käufer die Ware als Erfüllung angenommen hat und nun Preisminderung geltend macht (§ 377 Anm. 128; RG. 20, 7) oder die Ware verbraucht hat (ROHG. 15, 304). Anm. 14.

§ 379.

Ist der Kauf für beide Theile ein Handelsgeschäft, so ist der Käufer, wenn er die ihm von einem anderen Orte übersendete Waare beanstandet, verpflichtet, für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen. § 379.

Er kann die Waare, wenn sie dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, unter Beobachtung der Vorschriften des § 373 verkaufen lassen.

Lit.: Hanauseck, Die Haftung des Verkäufers, Berlin 1883 II 129—167.

Der vorliegende Paragraph legt dem Käufer, der die Ware beanstandet, die Verpflichtung der einstweiligen Aufbewahrung auf, gibt ihm aber auch das Recht, unter gewissen Umständen die Ware verkaufen zu lassen (Notverkauf), alles das aber nur bei dem Handelskauf, der auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist und ein Übersendungsgeschäft dar- Einleitung.

Digitized by Google

§ 379. stellt. Die im früheren Art. 348 beiden Teilen erteilte Berechtigung zur Feststellung des Zustandes der Waren ist jetzt anderweit, nämlich im § 488 CPO. behandelt (s. Exk. zu § 379).

Anm. 1. 1. **Vorausgesetzt ist das Vorliegen eines beiderseitigen Handelskaufs, ferner das Vorliegen eines Distanzgeschäftes, und endlich daß der Käufer die Ware beanstandet.**

a) **Ein beiderseitiger Handelskauf muß vorliegen:** also ein Kauf über Waren oder Wertpapiere, der auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist. Insoweit stimmt dieses Erfordernis mit dem des § 377 überein (vgl. daher Anm. 1 f. zu § 377).

Anm. 2. b) **Aber außerdem muß ein Distanzkauf vorliegen.** Dieses Erfordernis ist in § 377 nicht aufgestellt. Der vorliegende Paragraph hat daher einen engeren Anwendungskreis, als der § 377. Nicht immer, wenn die Anzeigepflicht des § 377 besteht, findet die Aufbewahrungspflicht des § 379 Anwendung, sondern eben nur, wenn das Geschäft außerdem auch noch ein Übersendungskauf ist: „die Ware muß von einem anderen Orte übersendet sein."

Anm. 3. α) **Die Ware muß „übersendet" sein,** d. h. es muß die Ablieferung an einem anderen Ort als an dem, an welchem der Verkäufer seine Handelsniederlassung hat oder von welchem aus der Verkäufer liefert, erfolgen. Die Ware muß behufs Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Pflichten durch die Mitwirkung eines Dritten aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die des abwesenden Käufers oder einer von diesem bezeichneten abwesenden Person gebracht sein (vgl. RG. 33, 25). Aus dieser Begriffsbestimmung ergeben sich die Folgerungen im einzelnen:

Anm. 4. αα) Daß sich die juristische Übergabe am Wohnorte des Verkäufers vollzieht, ist dabei unwesentlich (ROHG. 5, 394; RG. 33, 25; vgl. jedoch unten Anm. 9); ebenso, daß der Käufer die Gefahr des Transportes trägt (Art. 345 Abs. 1; vgl. Bolze 5 Nr. 660); andererseits ändert es an dem Begriff der Distanzsendung nichts, daß der Verkäufer gegebenenfalls franko zu übersenden hat (OLG. Dresden SächsA. 5, 807), nicht einmal, daß er am Wohnorte des Käufers zu erfüllen hat (JW. 97, 172[25]). Denn auch in diesem Falle „ist die Ware von einem andern Orte übersendet". Noch weniger erheblich, d. h. dem Vorliegen des Distanzgeschäfts hinderlich, ist es daher, daß der Verkäufer auch die Aufstellung, Montierung und Inbetriebsetzung der Maschine übernommen hat (ROHG. 9, 219; 19, 1; Bolze 17 Nr. 470, 97, 172[25]; 99, 729[9]; 00, 829[8]). Anders, wenn erst durch die betriebsfertige Ablieferung der ganzen Anlage am Orte der Aufstellung der Verkäufer seiner Vertragspflicht genügt, also die Übergabe der betriebsfertigen Maschine am Aufstellungsort Vertragsinhalt war. Dann ist Aufstellung und Montage nicht Nebenleistung, sondern Teil der Hauptleistung, die am Wohnort des Käufers, regelmäßig dem Aufstellungsort, zu erfüllen ist (vgl. RG. 41, 360).

Anm. 5. ββ) Ob die Übersendung ursprünglich vereinbart war, ist gleichgültig. Denn entscheidend ist nach dem Gesetze, ob die Ware „übersendet ist". War daher nach dem Vertrage unter Anwesenden zu erfüllen, so braucht zwar der Verkäufer die spätere Weisung des Käufers, ihm die Ware zu übersenden, nicht zu befolgen, befolgt er sie aber, so kommt der vorliegende Paragraph zur Anwendung (ROHG. 23, 59; RG. 6, 60). Deshalb ist es auch unerheblich, wenn der Verkäufer nicht von vornherein wußte, wohin die Ware gesendet werden soll (RG. ebenda). In diesem Sinne sagt Dernburg, Preuß. Privatrecht (II § 58) mit Recht, daß nicht ein Distanzgeschäft, sondern vielmehr eine Distanzsendung erforderlich ist. Es ist also erforderlich und ausreichend, daß die Ware, um vom Verkäufer zum Käufer zu gelangen, eine Reise macht. Umgekehrt kommt § 379 nicht zur Anwendung, wenn ursprünglich Übersendung vereinbart war und schließlich unter Anwesenden übergeben wird, was übrigens der Verkäufer nicht verweigern darf (RG. 6, 60).

Anm. 6. γγ) Gleichgültig ist, ob die Vertragschließenden an demselben Orte wohnen und ob auch die Ware sich an dem nämlichen Orte befindet (ROHG. 6, 237; 13, 391; 15, 176; OLG. Wien Adler-Clemens Nr. 1018; OLG. Hamburg SeuffA. 62, 178); um-

Digitized by Google

gekehrt ist es für die Annahme des Distanzkaufs nicht entscheidend, daß die Parteien an verschiedenen Orten wohnen (Bolze 9 Nr. 396). § 379.

δδ) Wie die Mitwirkung des Dritten erzielt wird, ist gleichgültig. Daher kommt es für den Begriff der Übersendung nicht darauf an, ob der Verkäufer den Frachtführer oder Spediteur selbst wählt, oder ob er vom Käufer bezeichnet ist (RG. 6, 60), auch ob der Verkäufer mit diesen Personen selbst abschließt (in eigenem Namen oder im Namen des Käufers, für eigene Rechnung oder die des Käufers), oder ob der Käufer mit diesen Personen abschließt, oder ob endlich der Transport durch die Leute des Käufers vorgenommen wird (RG. 6, 60), nur daß in Fällen der letzteren Art meistens der Beauftragte des Käufers mit der Empfangnahme betraut sein wird, d. h. mit der Vollziehung des Rechtsaktes, der bestimmt und geeignet ist, die Ware aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die des Käufers oder seines Bevollmächtigten zu bringen, in welchem Falle kein Übersendungskauf vorliegt (RG. 6, 60). Auch dann liegt ein Übersendungsgeschäft vor, wenn der Verkäufer die Ware durch seine eigenen Leute, z. B. in seinem eigenen Fuhrwerke, dem Käufer übersendet (ROHG. 6, 237; 15, 176); nicht aber, wenn er die Ware von einem andern Orte dem Käufer selbst überbringt (ROHG. 21, 260; 23, 60; a. M. Saeger LZ. 07, 419). Anm. 7.

εε) Auch daß die Ware am Wohnsitze des Verkäufers vorgezeigt und gekauft ist, hindert die Anwendung des Paragraphen nicht (JW. 96, 285[29]). Freilich kann in dem persönlichen Aussuchen und Prüfen in manchen Fällen eine Genehmigung der Beschaffenheit liegen. Doch ist immer zu beachten, daß auch hierbei ein Übersendungsgeschäft im Sinne des vorliegenden Paragraphen vorliegt. Die eigentliche Ablieferung findet doch erst am Wohnsitze des Käufers statt. Anm. 8.

ζζ) Dagegen liegt kein Übersendungskauf vor, wenn der Verkäufer sich die Ware kommen läßt, um sie am Ablieferungsorte dem Käufer auszuhändigen (ROHG. 13, 392; OLG. Hamburg in ZHR. 36, 255), oder wenn der Verkäufer selbst die Ware von einem andern Orte dem Käufer überbringt (ROHG. 23, 59). In beiden Fällen ist sie nicht dem Käufer übersandt, weil sie ihm nicht durch einen Dritten gesandt wird. Auch darf der Fall nicht so liegen, daß der Dritte, der die Übersendung zu besorgen oder auszuführen hat, nicht nur mit dieser, sondern mit der Empfangnahme im Namen der Käufers beauftragt ist (vgl. oben Anm. 7). Dies ist aber nicht der Fall, wenn gemäß Weisung des auswärts wohnenden Käufers ein Lieferant die für den Kunden bestimmte, von diesem anderswo gekaufte Ware der eigenen Sendung beipackt (OLG. Karlsruhe ZHR. 36, 255). Sicherlich liegt kein Übersendungskauf vor, wenn die Ware dem Käufer am Wohnorte des Verkäufers übergeben worden ist und dann verabredetermaßen die Ware beim Verkäufer auf Lager bleibt, bis der Käufer sie abholen läßt (ROHG. 9, 51), oder auch bis er die Übersendung abfordert (RG. 33, 25). Anm. 9.

β) **Von einem andern Orte** muß die Ware übersendet sein. Ob die Orte entfernt oder nahe voneinander liegen, ist gleichgültig (JW. 96, 285[29]). Ist dies nicht der Fall, so liegt ein Platzgeschäft vor, auf welches sich der § 379 direkt jedenfalls nicht bezieht (ROHG. 10, 336; unten Anm. 28). Die Verschiedenheit der Orte deckt sich der Regel nach mit der Einteilung der Ortschaften in politische Gemeinden. Jedoch ist dies nicht immer der Fall. Diese Unstimmigkeit ist immer dann gegeben, wenn der geographische Bezirk einer politischen Gemeinde mit dem Bezirke einer andern politischen Gemeinde derart räumlich zusammenhängt, daß sich zwischen beiden Bezirken so enge Handelsbeziehungen und derartige Verkehrsverhältnisse herausgebildet haben, wie sie sonst nur an demselben Orte bestehen. Solche zusammenhängende Ortschaften gelten dann als ein Handelsplatz, und es entspricht dem Gesetze und den Anschauungen des Handelsstandes, alle Geschäfte, die innerhalb solcher Bezirke abgeschlossen werden, als Platzgeschäfte zu betrachten. Als Beispiel sei verwiesen auf die zu den politischen Gemeinden Schöneberg und Charlottenburg gehörigen Straßen, welche von Schöneberg und Charlottenburg selbst entfernt liegen, dagegen mit Berlin Anm. 10.

Digitized by Google

§ 379. derart zusammenhängen, daß sie der Handelsstand zum Handelsplatz Berlin rechnet. Auch Bockenheim und Frankfurt a. M. wurden von den Frankfurter Gerichten als ein Handelsplatz angesehen (OLG. Frankfurt ZHR. 38, 207). Jetzt bilden sie auch politisch eine Gemeinde (Johow 16, 11). — Auf diese Weise kann es sogar kommen, daß Übersendungen von einer Straße Charlottenburgs nach der andern das Geschäft zu einem Distanzgeschäft machen, wogegen umgekehrt trotz Übersendung von einer Straße Charlottenburgs nach einer Straße Berlins ein Platzgeschäft vorliegt. Dagegen ist die durch die Postverwaltung beliebte Vereinigung von Berlin mit einigen Vororten zu einem gemeinschaftlichen Postbezirk rechtlich unerheblich. Diese Postverwaltungsmaßregel ist hier bedeutungslos.

Anm. 11. c) **Der Käufer hat die Ware beanstandet.** Das ist die dritte Voraussetzung der Anwendung des vorliegenden Paragraphen. Daraus folgt, daß die Vorschrift einerseits nicht Platz greift, wenn die Ware trotz ihrer Mängel behalten und nicht Wandelung oder Lieferung anderer Ware, sondern Preisminderung oder Schadensersatz geltend gemacht wird (RG. 17, 67), andererseits bezieht sich die Vorschrift auf jeden Fall der Beanstandung, nicht nur wegen Qualitätsmangel, sondern auch wegen Quantitätsmangel, Sendung eines aliud, kostspielige Post- oder Eilgutsendung statt der billigen Frachtsendung auch auf Zufrüh- oder Zuspätsendung (vgl. Gareis Anm. 9 zu § 378; auch RG. 26, 60). Mußte der Verkäufer die Annahme der Ware als ausgeschlossen erachten, weil sie eine ganz andere ist als die bestellte (§ 378), so kommen die Grundsätze über Sendung unbestellter Waren zur Anwendung (§ 377 Anm. 199 ff.; unten Anm. 30; a. M. 6./7. Aufl.). Der Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels ist jedoch vom § 379 nicht ausgenommen. Auch darauf kommt es nicht an, ob der Käufer die Ware schon in Empfang genommen hat und seine Beanstandung gerechtfertigt war (RG. in ElsLothrZ. 29, 644). Der Wortlaut des Gesetzes ergibt, daß nur eine Beanstandung der übersendeten Ware vorzuliegen braucht.

Anm. 12. 2. **Die Rechtsfolgen, welche sich beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen ergeben,** sind: die Pflicht des Käufers zur einstweiligen Aufbewahrung und sein Recht zum Notverkauf.

a) **Die Pflicht des Käufers zur einstweiligen Aufbewahrung.**

α) **Für Aufbewahrung sorgen** muß der Käufer. Er darf die Ware also nicht sofort zurücksenden, aber er braucht sie nicht selbst aufzubewahren, auch wenn er es könnte; er darf sie auch anderweit niederlegen. Tut er das erstere, so kann er unter Umständen Lagergeld fordern (hierüber unten Anm. 17 u. § 377 Anm. 71); tut er das letztere, so besteht keine Rückgabepflicht seinerseits mehr; vielmehr wird er seinem Verhältnisse gegen den Verkäufer gerecht, wenn er diesen in den Stand setzt, gegen den Verwahrer (ROHG. 20, 203; Bolze 18 Nr. 438) und den Frachtführer, falls diesen eine Verantwortung trifft (ROHG. 2, 329) erfolgreich vorzugehen.

Anm. 13. Die Pflicht zur Aufbewahrung begreift die Pflicht zur ordnungsmäßigen Behandlung der Ware in sich (z. B. Austrocknen, Auspacken, Füttern usw.).

Anm. 14. Eine Pflicht die Ware zurückzusenden, hat der Käufer von Gesetzes wegen nicht; der Verkäufer mag sich die Ware abholen lassen. Allein nach Handelsgebrauch wird doch angenommen, daß der Käufer, wenn die Rücksendung mit besonderen Schwierigkeiten nicht verknüpft ist, und der Verkäufer erklärt, daß er am Ort der Ablieferung anderweite Verwendung nicht habe und daher die Rücksendung seinen Interessen entspricht, entsprechend der Übersendungspflicht des Verkäufers, eine Rücksendungspflicht habe. Die Fakturaklausel „Retourwaren werden ohne vorherige Genehmigung nicht angenommen", ändert nichts (ROHG. 6, 77).

Anm. 15. β) **Auf einstweilige** Aufbewahrung erstreckt sich die Pflicht des Käufers. Der Käufer ist dem Verkäufer nur so viel Rücksicht schuldig, daß er die Ware nicht preisgeben darf, ehe der Verkäufer in der Lage ist, darüber anderweit zu verfügen. Wenn dieser durch die Benachrichtigung von dem Sachverhalt in dieser Lage sich befindet und trotzdem für die

Digitized by Google

weitere Aufbewahrung nicht sobald als möglich Sorge trägt, so ist der Käufer seiner Verpflichtung enthoben (ROHG. 1, 206; Bolze 16 Nr. 301; RG. 43, 32; Holdheim 04, 229, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt; RG. in Hess. Rspr. 6, 105). Die Gefahr der Sache geht von da ab auf den Verkäufer über (Bolze 16 Nr. 301). Der Käufer darf nunmehr dem Verkäufer die Ware auch zurücksenden. Dasselbe gilt, wenn der Verkäufer von vornherein auf die vom Käufer zu leistende Fürsorge nicht angewiesen ist, was jedoch nicht schon dann der Fall zu sein braucht, wenn der Verkäufer am Bestimmungsorte einen Agenten hat (ROHG. 17, 171), wohl aber dann, wenn er am Bestimmungsorte ein Zweiggeschäft hat. **§ 379.**

γ) **Verpflichtet** ist der Käufer, und zwar **unbedingt**, also ohne Rücksicht, ob der Grund der Beanstandung auf ein Verschulden des Verkäufers zurückzuführen ist oder nicht (ROHG. 13, 357; vgl. oben Anm. 11) und auch dann, wenn er für die Kosten der Aufbewahrung nicht gedeckt ist. Dieser letztere Unterschied von § 362 Abs. 2 ist ein gewollter, weil hier ein Vertragsverhältnis besteht, dort nicht (ROHG. 20, 206). Für die Erfüllung dieser Pflicht haftet der Käufer nach § 347. Verletzt der Käufer die Verpflichtung des Absatzes 1, so gibt dies dem Verkäufer einen Anspruch auf Schadensersatz nach allgemeinen Grundsätzen (§ 347 Anm. 11), des Rechts auf Beanstandung begibt sich der Käufer dadurch nicht (ROHG. 13, 438). Wußte der Verkäufer von vornherein, daß der Käufer die Ware nicht annehmen werde, und wurde die Ware infolge der Annahmeweigerung durch die Bahn versteigert, so hat der Verkäufer den Untergang der konkretisierten Ware und somit deren spätere Nichtlieferung nach § 300 BGB. selbst verschuldet, wenn der Verkäufer die Ware entgegen einer Vereinbarung an den Käufer abgehen ließ. Im allgemeinen muß sonst allerdings der Käufer sich darum kümmern, daß die Ware nicht zu den bei einer bahnseitigen Versteigerung unvermeidlichen Schleuderpreisen abgesetzt wird (JW. 03 Beil. 6[14]). Anm. 16.

δ) **Die Kosten der Aufbewahrung** und der etwa nötigen Versicherung (ROHG. 7, 360), hat der Käufer zu verauslagen (oben Anm. 16), aber der Verkäufer hat sie zu erstatten, wenn die Beanstandung begründet war (§ 377 Anm. 71). Verwahrt der Käufer die Ware selbst, so kann er Lagergeld gemäß § 354 fordern (ROHG. 7, 356; RG. 1, 284). Dieser Ersatz kann mit der Wandelung gefordert werden (§ 377 Anm. 71); auch kann wegen dieses Anspruchs die Ware zurückbehalten werden (unten Anm. 27). Anm. 17.

b) **Das Recht des Käufers zum Notverkauf.** Anm. 18.

α) **Das Recht hat zur Voraussetzung, daß die Ware dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist.** Das bloße Aufhören der Aufbewahrungspflicht genügt nicht (ROHG. 12, 325). Über die Erfordernisse „dem Verderben ausgesetzt" und „Gefahr im Verzuge" s. Anm. 32 zu § 373 (bloßes Dumpfigwerden der Ware ist noch kein Verderb; OLG. Marienwerder SeuffA. 59, 105). Diese beiden Voraussetzungen sind unerläßlich; ohne sie hat der Käufer kein Recht auf den Notverkauf, z. B. nicht, weil die Aufbewahrung zu große Kosten verursachen würde (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1709), auch nicht zu dem Zwecke, um seinen im voraus gezahlten Kaufpreis oder die Kosten der Verwahrung zu erhalten. In solchem Falle kann aber das Verkaufsrecht auf Grund eines Zurückbehaltungsrechts gegeben sein (vgl. § 369, insbesondere Anm. 23 daselbst und § 371). Auch ist eine gerechtfertigte Ausnahme zu machen, wenn der Verkauf im Interesse des Verkäufers notwendig oder offenbar nützlich war, z. B. weil die Einholung einer Auskunft vom Verkäufer für absehbare Zeit unmöglich war und dadurch die Kosten der Verwahrung ins Ungemessene steigen konnten, oder daß eine besondere, voraussichtlich nicht wiederkehrende Gelegenheit zum Verkauf sich darbot (ROHG. 12, 132; 16, 326; Bolze 2 Nr. 1027), oder wenn es sich um einen schnell dem Verderben anheimfallenden Kaufgegenstand (Eier) handelte (RG. 48, 136). In diesen besonderen Fällen beruht der Notverkauf auf dem Rechtsgrund der auftragslosen Geschäftsführung nach § 677 BGB. (ROHG. 20, 206). Daher haftet der Käufer hier nicht wie bei einem Verwahrungsvertrag, sondern er hat nur die im Verkehr

Digitized by Google

§ 379. erforderliche Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aufzuwenden (OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 51). Der Umstand allein aber, daß der Verkäufer keine Verfügung getroffen hat, obwohl er sie treffen konnte, gibt dem Käufer das Verkaufsrecht nicht. Er ist alsdann zwar seiner Verwahrungspflicht nach Abs. 1 enthoben (vgl. oben Anm. 15), aber darum noch nicht zum Notverkauf berechtigt. Insofern geht das Urteil in Bolze 2 Nr. 1027 fehl, und es ist der Entscheidung des ROHG. 16, 325, welche das Gegenteil ausspricht, der Vorzug zu geben (RG. 43, 32). Es müssen aber zwingende Gründe vorliegen, die die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften hinderten, oder sie dem Interesse des Verkäufers widersprechend erscheinen ließen (OLG. Hamburg in ZHR. 36, 258); d. h. der den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechende Verkauf ist dann vom Gesichtspunkt auftragsloser Geschäftsführung aus aufrecht zu erhalten (ROHG. 12, 132; 16, 326; Lehmann-Ring § 378 Nr. 21). Umgekehrt kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 zutreffen, zum Notverkauf auch dann schreiten, wenn der Verkäufer in der Lage ist, über die Ware zu verfügen (RG. 43, 27 ff.).

Anm. 19. Fehlt es an den Voraussetzungen des Notverkaufs, so liegt in dem Verkauf eine unberechtigte Verfügung, deren Rechtsfolge der Verlust des Wandelungsrechts und des Rechts, eine mangelfreie Ware zu verlangen, ist (ROHG. 11, 201; 12, 175; 13, 358; RG. 17, 68; RG. SächsA. 7, 756), nicht auch der Verlust der sonstigen Rechte (Preisminderung, Schadensersatz); vgl. unten Anm. 21. Dabei ist jedoch zu beachten, daß je nach den Umständen ein ungesetzlicher Notverkauf immer noch als nützliche auftragslose Geschäftsführung gelten kann (ROHG. 13, 359; Bolze 2 Nr. 1027; oben Anm. 18; Puchelt-Förtsch Art. 348 Nr. 15).

Anm. 20. β) **Liegen die Voraussetzungen vor, so kann der Notverkauf erfolgen;** der Käufer hat aber keine Pflicht zur Vornahme des Verkaufs. Er genügt seiner Pflicht durch Aufbewahrung und Benachrichtigung des Verkäufers (oben Anm. 15). Die Ausübung des Rechts ist an keine bestimmte Zeit gebunden (RG. 43, 27). Der Notverkauf kann solange vorgenommen werden, als dessen Voraussetzungen nicht weggefallen sind. Das Interesse des Verkäufers, das allerdings auf einen alsbaldigen Verkauf hinweist, ist für den Käufer nicht maßgebend. Der vom § 379 Abs. 2 in Bezug genommene § 373 enthält keine Vorschrift. Daher gelten die allgemeinen Grundsätze. Danach darf der Käufer den Verkauf nicht absichtlich verzögern, um den Verkäufer zu schädigen (ROHG. 20, 334; 21, 155; RG. 41, 64). Grobe Fahrlässigkeit steht hier der Arglist gleich (RG. 36, 89; Bolze 14 Nr. 44; JW. 92, 241[18]; 01, 407[27]).

Anm. 21. γ) **Der Notverkauf darf nur unter Beobachtung der Formen des § 373 stattfinden.** Zu diesen Formen — über welche Näheres zu § 373 — gehört aber hier nicht die vorgängige Androhung. Das ist aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Vorschriften zu entnehmen. Denn im § 373 ist die vorgängige Androhung für den Fall erlassen, der hier notwendige Vorbedingung des Notverkaufs überhaupt ist (drohender Verderb der Ware). Bei teilbaren Gegenständen darf nur der dem Verderben ausgesetzte Teil verkauft werden, indem auch hier der Grundsatz des § 469 BGB. anwendbar ist (ROHG. 13, 358); auf die Zusammengehörigkeit kommt es aber nicht an. Bei Verletzung dieses Gebots oder der Formen des § 373 liegt wieder eine unberechtigte Verfügung vor, deren Folge gleichfalls der Verlust des Wandelungsrechts und des Rechts, mangelfreie Ware zu verlangen, ist (ROHG. 12, 180; 16, 323; RG. SächsA. 7, 756, abgesehen davon, daß der Käufer sich unter Umständen schadensersatzpflichtig macht (RG. 17, 68); jedoch ist auch hier zu prüfen, ob nicht der Verkauf sich als nützliche Geschäftsführung aufrechterhalten läßt (ROHG. 13, 357). Der Anspruch auf Preisminderung aber geht dadurch nicht verloren, wogegen Förtsch (Anm. 15 zu Art. 348) ihn wenigstens dann wegfallen läßt, wenn die Ware vorher zur Verfügung gestellt war. Er vertritt diese Ansicht im Anschluß an die Entscheidung des RG. 17, 68, welche im wesentlichen vom Reichsgerichte selbst später aufgegeben worden ist (RG. 43, 37). Im Wege der einstweiligen Verfügung kann der Verkauf auch ohne die Voraussetzung des § 379 erfolgen (vgl. folgende Anm. 22).

Digitized by Google

δ) **Keinesfalls darf der Verkauf beim Widerspruch des Verkäufers erfolgen** (ROHG. 18, 230), weil die Vorschriften des § 379 lediglich im Interesse des Verkäufers gegeben sind (RG. 17, 68; 43, 34; OG. Wien Adler-Clemens Nr. 186). Ein trotzdem erfolgter Verkauf hebt das Wandelungsrecht und das Recht mangelfreie Ware zu verlangen (nicht auch das Preisminderungsrecht) auf und verpflichtet zum Schadensersatz. Doch kann der Prozeßrichter im Wege der einstweiligen Verfügung nach freiem, durch die Voraussetzungen des § 379 Abs. 2 nicht eingeengten Ermessen den Verkauf auch in anderen Fällen anordnen, also besonders auch gegen den Widerspruch des Verkäufers (ROHG. 1, 377; JW. 88, 607[32]; Hamburg OLGR. 1, 377; OLG. Karlsruhe Recht 03, 459[2402]). Hier sollte eben nur der Selbsthilfenotverkauf geregelt, an feste Grenzen und Formen geknüpft werden. Gegen den Willen des Verkäufers kann der Käufer die Ware allerdings auf Grund seines Zurückbehaltungsrechts nach § 369 verkaufen (vgl. ROHG. 1, 285). **§ 379. Anm. 22.**

ε) Mit Zustimmung des Verkäufers darf auch der freihändige Verkauf erfolgen. Zustimmung kann unter besonderen Umständen schon in dem Schweigen auf die Ankündigung des Käufers liegen (vgl. Bolze 12 Nr. 390). **Anm. 23.**

ζ) **Der Notverkauf erfolgt im Namen und für Rechnung des Verkäufers.** Der Käufer tritt (anders § 373 Anm. 51) nur als Bevollmächtigter des Verkäufers auf (v. Hahn Art. 348 § 9; Sohm ZHR. 53, 84). Das Gesetz will ihn dem Steigerer nicht haften lassen. Hieraus folgt, daß der Verkäufer gegen den Steigerer unmittelbar Rechte erwirbt; es bedarf keiner vorhergehenden Abtretung von Rechten seitens des Käufers, und haftet der Verkäufer dem Steigerer unmittelbar für Mängel der Sache (Lehmann-Ring § 379 Nr. 22). Anders, wenn der Käufer den Notverkauf in eigenem Namen dem Dritten gegenüber angenommen hat. Der Steigerer braucht sich dann nicht an eine andere Person verweisen zu lassen. War der Käufer selbst der Steigerer — und dies ist nach § 373 Abs. 4 HGB., § 181 BGB., vgl. RG. 56, 105 zulässig —, so ist der Notverkauf ein neuer Kaufvertrag und stehen dem Käufer aus diesem Kauf ganz dieselben Gewährleistungsansprüche zu, wie jedem dritten Steigerer. Daraus folgt, daß der Käufer nicht auf die Bedingungen des ursprünglichen Kaufs hin abschließt, sondern auf die des neuen Kaufs. Deshalb kann der Käufer die Ware, die er einmal so ersteigert hat, nicht nochmals auf dem Wege des Notverkaufs nach § 379 versteigern. Denn er besitzt die Ware nun nicht mehr auf Grund eines Übersendungs-, sondern auf Grund eines Platzkaufs und nicht mehr auf Grund des ursprünglichen, sondern auf Grund eines andern Kaufs; wohl aber ist ein zweiter Verkauf nach Anm. 29 möglich. Der Käufer darf beim Notverkauf die Gewährleistung ohne Zustimmung des Verkäufers nicht ausschließen, sollte er auch die Ware wegen Mängel zur Verfügung gestellt haben; denn er verkauft als Bevollmächtigter des Verkäufers. Steigert der Käufer die Ware, so muß er nach obigen Grundsätzen von neuem nach § 377 rügen, wenn die Ware mangelhaft ist; auch § 460 BGB. findet Anwendung. **Anm. 24.**

η) Für die Ausführung des Selbsthilfeverkaufs kann der Käufer Provision fordern, da die Voraussetzungen des § 354 Platz greifen (Dienstleistung eines Kaufmanns für einen andern). Vgl. Bolze 11 Nr. 474, wo sogar für die Besorgung des Pfandverkaufs nach dem früheren Art. 311 Provision zugebilligt wird. Auf diesen Provisionsanspruch greift die Verjährung des § 477 BGB. nicht Platz (RG. 38, 13). **Anm. 25.**

Zusatz 1. Der Käufer hat auch schon vor der Annahme der Ware eine Pflicht gegenüber dem Verkäufer, nämlich bei äußerlich erkennbaren Mängeln. Er darf das Gut in solchem Falle nicht annehmen und die Fracht bezahlen, ohne vor der Annahme die Mängel durch amtlich bestellte Sachverständige festzustellen, weil sonst nach § 438 Abs. 1 die Ansprüche an den Frachtführer erlöschen (ROHG. 6, 107; Litthauer-Mosse Anm. 3 zu § 379). **Anm. 26.**

Zusatz 2. Der Käufer hat aber, wenn er die Ware dem Verkäufer zur Verfügung stellt, gleichwohl das Zurückbehaltungsrecht wegen der Rückzahlung des Kaufpreises und der Frachtauslagen usw., nämlich auf Grund des § 369 HGB. (§ 369 Anm. 44; vgl. RG. 43, 39). Er verliert dieses Recht aber durch einen ungerechtfertigten Verkauf (ROHG. 11, 202). **Anm. 27.**

Digitized by Google

§ 379. Anm. 28. **Zusatz 3. Platzgeschäfte und einseitige Handelskäufe.** Der vorliegende Paragraph bezieht sich auf Übersendungsgeschäfte und zwar auf solche, welche zweiseitige Handelskäufe sind. Auf Platzgeschäfte und auf einseitige Handelskäufe findet der Paragraph keine Anwendung, auch nicht Abs. 1. Denn auch diese Vorschrift ist eine Ausnahmsvorschrift insofern, als sie den Käufer für verpflichtet erklärt, fremde Ware auch ohne Deckung für die Kosten einstweilen zu verwahren, und überdies ist gerade die Rücksicht auf den entfernten Geschäftsfreund der Grund der Bestimmung. Indessen wird man auf Grund von Treu und Glauben im Handelsverkehr auch bei Platzgeschäften und bei einseitigen Handelsverkäufen annehmen müssen, daß der Käufer die Ware nicht preisgeben darf, ehe der Verkäufer in der Lage ist, schützend einzugreifen. (Bolze 15 Nr. 371; vgl. RG. in SeuffA. 48 Nr. 199). In welcher Weise aber der Käufer sich der einstweiligen Schutzpflicht für die Ware entledigt, das ist bei dem Platzgeschäft und bei dem einseitigen Handelskauf Sache seines Ermessens. Es kann ihm nicht die Pflicht auferlegt werden, gerade für Verwahrung zu sorgen, auch die Zurücksendung der Ware muß ihm gestattet sein, am allerwenigsten kann ihm die Verwahrung auf eigenes Kostenrisiko zugemutet werden; alles mit Beachtung der Verkehrsauffassung §§ 157, 242 BGB., § 346.

Anm. 29. Das Notverkaufsrecht findet beim Platzgeschäft und beim einseitigen Handelskauf nicht Anwendung, es kann hier nur auf Grund einer vom Prozeßrichter zu erlassenden einstweiligen Verfügung gegeben werden (vgl. oben Anm. 21 u. 22). Jedoch läßt sich unter besonderen Umständen auch hier ein Notverkauf als nützliche Geschäftsführung denken.

Anm. 30. **Zusatz 4. Auf die Zusendung unbestellter Ware** wendet Puchelt Art. 348 Anm. 2 den Paragraphen entsprechend an: jedoch mit Unrecht. Unbestellte Ware braucht der Adressat nicht anzunehmen; mit ihrer Zurückweisung wird er von jeder Haftbarkeit frei. Hat er sie in Empfang genommen und will er sie nicht behalten, so kann er sie zurücksenden. Er ist keineswegs verpflichtet, für die einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen. Es kann Förtsch (Art. 348 Anm. 1) nicht zugegeben werden, daß aus allgemeinen Grundsätzen die Anwendbarkeit des Abs. 1 folgt. Der vorstehende Paragraph setzt vielmehr einen abgeschlossenen Kauf voraus. Eine Ausnahme wird man aber beim Vorliegen der in § 377 Anm. 200 hervorgehobenen besonderen Momente machen müssen (Empfänger Kaufmann und entweder bestehende Geschäftsverbindung, oder Verbindung unbestellter mit bestellter Ware, oder irrtümliche Annahme des Verkäufers von einer vorliegenden Bestellung).

In diesen Fällen erfordert Treu und Glauben im Handelsverkehr eine ähnliche Rücksichtnahme (vgl. RG. 23, 127; RG. in ElsLothZ. 29, 302). Man wird in diesen Fällen daher dem Käufer die Pflicht auferlegen müssen, die Ware aufzubewahren, bis der Käufer über sie verfügen kann, jedoch ohne die Verpflichtung, in Vorschuß zu gehen. Die letztere Verpflichtung ist als Sondervorschrift entsprechender Ausdehnung nicht fähig. Das Notverkaufsrecht aber ist ebenfalls nicht hierher zu übertragen. Hier gilt das gleiche, wie beim Platzgeschäft (vgl. oben Anm. 29).

Exk. zu § 379.

Exkurs zu § 379.

Das Mängelfeststellungsrecht des Käufers und des Verkäufers.

Anm. 1. I. Die einschlagende Gesetzesvorschrift ist § 488 CPO. Er lautet:

> CPO. § 488. Die Beweisaufnahme kann, auch ohne daß die Voraussetzungen des § 485 vorliegen, beantragt werden, wenn Mängel einer Sache oder eines Werkes festzustellen sind, aus denen ein Recht gegen den Gegner hergeleitet werden soll, oder wenn der Zustand eines Gutes festzustellen ist, für dessen Beweis ein Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter oder Frachtführer zu sorgen verpflichtet ist.
>
> Hat der Erwerber einer Sache dem Veräußerer einen Mangel angezeigt oder die Annahme der Sache wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt, so kann auch der Veräußerer die Beweisaufnahme nach Maßgabe des Abs. 1 beantragen. In gleicher Weise ist der Unternehmer eines Werkes zu dem Antrage berechtigt, wenn der Besteller ihm einen Mangel angezeigt oder die Abnahme des Werkes wegen Mangelhaftigkeit verweigert hat.

Digitized by Google

Dieser Paragraph der CPO. ist an die Stelle des früheren Art. 348 Abs. 2—4 HGB. getreten. Der § 164 FGG. greift hier nicht Platz (RG. 49, 392; dies gegen Gareis, Handelsrecht 6. Aufl. S. 534). Denn das hier vorliegende Feststellungsrecht beruht nicht, wie § 164 FGG. voraussetzt, auf den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts, sondern auf §§ 486, 488 CPO., wo aber Zuständigkeit und Verfahren gleichfalls geregelt sind. Exk. zu § 379. Anm. 2.

II. **Der § 488 CPO. bezieht sich natürlich nicht nur auf den Übersendungskauf und nicht nur auf den zweiseitigen Handelskauf, sondern auf jeden Handelskauf,** da er sich ja gemäß seiner weiten Fassung überhaupt nicht nur auf den Kauf, sondern auf alle Fälle bezieht, in denen aus der Feststellung von Mängeln Rechte gegen den Gegner herzuleiten sind. Anm. 3.

III. **Das Recht besteht in dem Rechte auf den Antrag auf Sicherung des Beweises ohne die Voraussetzung** des § 485 CPO., d. h. ohne daß zu besorgen ist, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert würde. Vorausgesetzt ist nur für das Recht des Käufers, daß der Käufer aus dem Mangel Rechte gegen den Verkäufer herleiten will, und für das Recht des Verkäufers, daß der Käufer dem Verkäufer einen Mangel angezeigt oder die Annahme der Sache wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt hat. Das Gericht muß sich auf einer Prüfung der Beweiserheblichkeit enthalten und die vorgeschlagenen Sachverständigen hören (RG. 49, 388). Anm. 4.

Beide Teile haben also das Recht, und zwar jeder Teil auch dann, wenn der andere es bereits ausgeübt hat (RG. 49, 389; OG. Wien, Adler-Clemens Nr. 69 u. 207; vgl. ROHG. 16, 385). Doch haben beide Teile eben nur das Recht dazu, keineswegs die Pflicht, weshalb die Feststellung des Zustandes vor dem Prozesse auch ganz unterbleiben (ROHG. 5, 252; RG. ZHR. 26, 582; JW. 95, 17[43]), auch auf privatem Wege durch jeden Teil veranlaßt werden kann (ROHG. 1, 182). Hat eine Partei aber einmal von ihrem Rechte Gebrauch gemacht, so ist eine Wiederholung an die Voraussetzungen des § 487 CPO. gebunden (JW. 03, 49[15]; vgl. ROHG. 8, 252; 16, 385). Daß im Rechtsstreit bereits ein Beweisbeschluß ergangen ist, steht dem Antrag nicht ohne weiteres entgegen (Gaupp-Stein § 488 III). Auch benachteiligt weder die Ausübung noch die Nichtausübung oder die nur teilweise Ausübung der Befugnis die materiellen Rechte der Parteien irgendwie (JW. 95, 17[43]). Nur tatsächliche Vorteile gewährt die Ausübung des Rechts der Partei, zu deren Gunsten sie ausfällt, insofern als eine in gerichtlichem Verfahren erfolgte Feststellung doch immerhin eine Tatsache ist, die nicht ohne weiteres vom Prozeßrichter übergangen werden darf. Ist dies doch selbst dann der Fall, wenn der Gegner nicht geladen wird (§ 493; JW. 91, 527[7]). Selbstverständlich aber hat diese Feststellung keine bindende Beweiskraft für den Prozeßrichter, vielmehr bleibt die Anfechtung dieser Feststellung beiden Teilen unbenommen. Es kann nicht nur jeder Teil die auf Anregung des anderen Teils erfolgte Feststellung anfechten (ROHG. 8, 250), sondern auch die auf eigene Anregung erfolgte (ROHG. 13, 359), ja sogar auch die auf Antrag beider Teile durch beiderseits gewählte Sachverständige erfolgte. Nur wirklicher Vergleich oder wirkliche Übereinkunft dahin, daß ein bestimmter Weg für sofortige Besichtigung und Begutachtung vorgeschrieben wird (JW. 00, 838[1]), oder daß die von den ernannten Sachverständigen erfolgte Feststellung bindend sein soll, schließt die nachherige Anfechtung aus. Insofern ist dem Urteile des ROHG. (23, 303) zuzustimmen, nur ist zu bemängeln, daß der diesem Urteil zugrunde liegende Fall so nicht geartet war. Anders Gareis-Fuchsberger Note 160, die eine solche endgültige Einigung nicht für bindend halten; doch ist dem nicht beizutreten, zumal auch sonst anerkannt wird, daß Vereinbarungen der Parteien über den maßgebenden Ausspruch von Zeugen und Sachverständigen verbindlich sind (RG. 2, 315). Sollte daher auch nachgewiesen werden, daß das Gutachten des Sachverständigen, auf dessen maßgeblichen Ausspruch die Parteien sich geeinigt haben, dem arbitrium boni viri nicht entspricht, so würde das zur Anfechtung nicht ausreichen, auch nicht der Nachweis einer offenbaren Unbilligkeit, nur wegen Arglist ist die Anfechtung möglich, d. h. durch den Nachweis, daß das Gutachten wider besseres Wissen abgegeben ist. Freilich wird dieser Nachweis nur schwer möglich sein. Doch wird man nicht fehlgehen, wenn man Arglist immer da annimmt, Anm. 5.

Digitized by Google

Exk. zu § 379. wo jede Meinungsverschiedenheit aufhört. Dem Gegner selbst kann nicht die Entscheidung unbedingt anheimgegeben werden (vgl. Exk. vor § 373 Anm. 24), weil niemand Schiedsrichter in eigener Angelegenheit sein kann. Wohl aber kann vereinbart werden, daß vor Beschreitung des Rechtsweges die Entscheidung eines Organs des Gegners einzuholen ist.

Anm. 6. Die Kosten der Beweissicherung sind zunächst vom Antragsteller zu tragen (§§ 81, 84 GKG.). Im darauffolgenden Hauptprozeß gehören sie zu seinen Kosten, wenn in diesem Prozeß von der Beweissicherung Gebrauch gemacht worden ist (RG. 13, 325; RG. bei Gruch. 32, 1168; nach Petersen-Anger Vorbm. 4 vor § 485, Struckmann-Koch Vorbm. 3 vor § 485 soll es auf diese Bedingung nicht ankommen). Bestimmt die Kostenentscheidung nichts Ausdrückliches über diese Kosten, so kommt es darauf an, ob diese Kosten als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig zu erachten sind (§§ 91, 104 CPO.). Kommt es nicht zum Prozeß, so ist der Anspruch auf Kostenersatz mit besonderer Klage geltend zu machen. Die Ersatzmäßigkeit richtet sich dann nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts (RG. 13, 325). Es kommt dann darauf an, ob dem Verkäufer ein schuldhaftes Verhalten bei der Lieferung zur Last fällt (positive Vertragsverletzung Exk. zu § 374 Anm. 172ff.; schuldhafte Lieferung mangelhafter Ware § 377 Anm. 100ff.; arglistige Täuschung usw.), oder ob der Verkäufer ein Verhalten an den Tag gelegt hat, das zur Beweissicherung nötigte (RG. 37, 49; vgl. RG. 13, 325). Eine andere Frage ist es, ob der Ersatz dieser Kosten auf Grund eines besonderen privatrechtlichen Verpflichtungsgrundes als selbständiger Klageposten in dem der Beweissicherung nachfolgenden Hauptprozeß geltend gemacht werden darf. Diese Frage ist zu bejahen, wenn auch zuzugeben ist (RG. 10, 310; 22, 423), daß im allgemeinen Prozeßkosten nicht mit besonderer Klage, sondern nur im Kostenerstattungsverfahren zum Ersatz gebracht werden können. Für die Tragung der Prozeßkosten fehlt es sonst an einem besonderen Verpflichtungsgrund. Ein anderer Verpflichtungsgrund als das Urteil kann im Erstattungsverfahren nicht vorgebracht werden. Hat aber für die Kostenerstattung, auch ohne Einleitung des Hauptprozesses, ein selbständiger Verpflichtungsgrund bestanden, so kann dessen Geltendmachung infolge der Einleitung des Hauptprozesses nicht wieder in Wegfall kommen. Diese materiell rechtliche Verpflichtung hat mit der prozeßrechtlichen Verpflichtung der Kostenerstattung nichts zu tun (RG. 37, 49; OLG. Rostock Seuffa. 56, Nr. 168; Grünwald im Recht 00, 328; a. M. Gaupp-Stein zu § 91 VI und Vorbm. vor § 485 II Anm. 6).

Anm. 7. IV. **Eine Frist für die Untersuchung** ist nicht vorgeschrieben. Nur wird selbstverständlich das Ergebnis einer sofortigen Untersuchung von größerem Werte sein als das einer späteren Untersuchung.

Anm. 8. V. **Zu erinnern ist daran, daß der Antrag auf Sicherung des Beweises auch die Verjährung unterbricht und die Einreden erhält** (§§ 477, 478, 479 BGB.; vgl. § 377 Anm. 139). Die Unterbrechung endigt mit Abschluß des Beweisaufnahmeverfahrens (JW. 02 Beil. 279[887]). Ist der Antrag auf Beweisführung aus formellen Gründen endgültig abgelehnt (s. § 212 Abs. 1 BGB.) oder vor der Zustellung an den Gegner zurückgenommen, so äußert er keine Wirkung. Findet die Zurücknahme nach der Zustellung nach § 491 CPO. an den Gegner statt, so kommt es darauf an, ob nach den Umständen damit ein Verzicht auf die Wirkungen des Antrags gewollt war (vgl. RG. 59, 154).

§ 380.

§ 380. Ist der Kaufpreis nach dem Gewichte der Waare zu berechnen, so kommt das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) in Abzug, wenn nicht aus dem Vertrag oder dem Handelsgebrauche des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat, sich ein Anderes ergiebt.

Ob und in welcher Höhe das Taragewicht nach einem bestimmten Ansatz oder Verhältnisse statt nach genauer Ausmittelung abzuziehen ist, sowie, ob und

Digitized by Google

wieviel als Gutgewicht zu Gunsten des Käufers zu berechnen ist oder als Ver- § 380.
gütung für schadhafte oder unbrauchbare Theile (Refaktie) gefordert werden kann, bestimmt sich nach dem Vertrag oder dem Handelsgebrauche des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat.

1. Der erste Absatz enthält die Auslegungsregel, daß beim Kauf nach Gewicht das Nettogewicht maßgebend ist. Die Regel weicht selbstverständlich besonderer Abrede und einem etwaigen Handelsgebrauch am Orte, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat. Bruttogewicht ist das Gewicht der Ware mit der Verpackung; Tara ist die Verpackung; Nettogewicht ist das Gewicht der Ware allein, oder Brutto weniger Tara. Netto ab hier besagt, daß der angesetzte Preis unter Abzug aller Spesen zu verstehen ist (ROHG. 8, 120). Brutto für Netto bedeutet, daß die Verpackung mitverkauft und mitverwogen wird, und daß sich danach der Preis berechnet. Die Verpackung wird danach wie Ware bezahlt (Zander bei Gruch. 48, 785). Wegen Vergütung der Verpackung s. § 354 Anm. 4 und über Mängel der Verpackung § 377 Anm. 9. Anm. 1.

2. Der zweite Absatz beschäftigt sich mit der Berechnung der Tara, dem Gutgewicht und der Refaktie, doch so, daß er eine Auslegungsregel nicht gibt, sondern lediglich auf Vertrag und Handelsgebrauch verweist. Anm. 2.

a) Maßgebend ist also der Vertrag und der Handelsgebrauch. Als Vertrag muß auch das stillschweigende Einverständnis des Käufers gelten, wenn es nach den Umständen als Genehmigung zu betrachten ist. Es kann daher, zumal bei längerer Geschäftsverbindung, der Fakturavermerk über die Berechnung der Tara bei widerspruchsloser Annahme der Faktura als Genehmigung gelten (ROHG. 1, 125). Der Handelsgebrauch ist der des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat.

b) Die Taraberechnung ist verschieden. Das Normale ist, daß die Tara effektiv abgewogen und vom Bruttogewicht abgezogen wird. Wenn sie nicht in dieser Weise, sondern nach einem bestimmten Prozentsatz berechnet werden soll (z. B. auf 100 Pfund werden 5 Pfund Tara berechnet), so müssen darüber Vertrag und Handelsgebrauch Bestimmung treffen. Anm. 3.

c) Das Gutgewicht ist ein Mehrgewicht über das zu bezahlende Gewicht als Zugabe. Eine solche Zugabe hat der Käufer natürlich nur zu beanspruchen, wenn Vertrag oder Handelsgebrauch sie bewilligen. (Vgl. ROHG. 12, 59. Nach Londoner Usance sind angeblich im Tabakhandel 4% Gutgewicht zu gewähren.) Selbstverständlich ist, daß solches Übermaß auch sonst bewilligt werden kann, auch nach Handelsgebrauch. So gilt z. B. in Leipzig die Mandel zu 16 Stück, das Schock zu 64 Stück (Puchelt Anm. 4 zu Art. 352). Anm. 4.

d) Refaktie ist umgekehrt ein Abzug vom Nettogewicht und vom Kaufpreise wegen der bei gewissen Waren (z. B. Kaffee, Indigo) vorkommenden Unreinigkeiten. Von der Refaktie ist aber nicht die Rede, wenn Ware nicht mehr Unreinigkeiten als gewöhnlich hat (Hahn § 3 zu Art. 352). Auch solchen Abzug kann der Käufer nur beanspruchen, wenn Vertrag oder Handelsgebrauch ihn bewilligen. Oft geht der Handelsgebrauch dahin, daß wegen solcher Schadhaftigkeit der Ware nur Preisminderung gewählt werden, nicht Zurückweisung der Ware erfolgen kann (ROHG. 7, 1). Übrigens braucht in solchem Falle die Schadhaftigkeit nicht nach § 377 gerügt zu werden, es liegt darin eine vertragsmäßige Feststellung der Folgen der erwarteten Mangelhaftigkeit (vgl. Puchelt Anm. 5 zu Art. 352). Anm. 5.

Zusatz 1. Die Sackmiete. Ist Ware in Säcken verkauft, so haben die Säcke regelmäßig nicht die Bedeutung einer Originalverpackung und können daher nicht vom Gesichtspunkt einer wesentlichen Eigenschaft der Ware angesehen werden (RG. 2, 135; vgl. § 377 Anm. 9). Ob die Säcke mitverkauft sind, ist Tatfrage. Mitunter findet sich der Fakturavermerk, daß innerhalb einer gewissen Frist nicht zurückgegebene Säcke zu einem bestimmten Preis berechnet werden. Dieser Vermerk hat die Bedeutung eines Kaufvertragsantrags mit Einräumung eines Rücktrittsrechts innerhalb der Frist. Das Nichtrücksenden der Säcke innerhalb der Frist bedeutet die An- Anm. 6.

Digitized by Google

§ 380. nahme des Vertragsantrags. Der fakturierte Preis muß bezahlt werden (ROHG. 1, 127; 16, 167; 19, 306). Häufiger ist der Fakturavermerk, daß nach Ablauf einer gewissen Frist für die nicht zurückgegebenen Säcke eine Leihgebühr berechnet werde. Auch dieser Antrag wird stillschweigend angenommen, weil solche Vermerke in der Faktura zu erwarten sind. Im Falle der Nichtrücksendung (die Auslolgung an einen zuverlässigen Frachtführer mit entsprechendem Auftrag genügt übrigens; ROHG. 1, 269) ist die vermerkte Leihgebühr bis zur Rücksendung oder bis zum Untergang der Säcke zu zahlen (ROHG. 1, 101); denn der Käufer trägt auch die Gefahr für die Emballage (ROHG. 13, 367). Vom Augenblick der Unmöglichkeit der Rückgabe an schuldet der Käufer nur noch den Wertsersatz, aber nicht mehr eine Leihgebühr für die Zukunft (ROHG. 19, 306). Die Sackmiete nimmt vereinbarungsgemäß ihren Lauf vom Fristablauf an und zwar ohne Mahnung. Es bedarf seitens des Verkäufers bei Annahme des Kaufpreises für die Ware keines Vorbehalts hinsichtlich der Säcke (ROHG. 19, 303; RG. in SeuffA. 50 Nr. 156). Allein die Sackmiete läuft nicht unbegrenzt weiter. Schweigt der Verkäufer so lange Zeit, daß sich ein solches Verhalten mit Treu und Glauben nicht verträgt, so hat er auf Sackmiete verzichtet (ROHG. 19, 303; RG. in SeuffA. 50 Nr. 156). Vgl. auch Exk. zu § 382 Anm. 122.

Anm. 7. **Zusatz 2.** Was sonst von Quantitäts- und Qualitätsmängeln gilt, ist zu §§ 377, 378 ausgeführt.

§ 381.

§ 381. **Die in diesem Abschnitte für den Kauf von Waaren getroffenen Vorschriften gelten auch für den Kauf von Werthpapieren.**

Sie finden auch Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.

Lit.: Hanauseck, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, Berlin 1883 Bd. II § 54, S. 366; Jacobi, Die Wertpapiere, gekr. Preisschrift, Jena 01; König, Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren, Berlin 92; Lehmann, Beiträge zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts ZHR. 51, 373; weitere Lit. s. Exk. zu § 365, ferner zu §§ 366, 367.

Der vorliegende Paragraph wendet die Vorschriften der §§ 373—380 über den Handelskauf (A) auch auf den Kauf von Wertpapieren (Abs. 1) und ferner (B) auf den Vertrag an, der die Herstellung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache aus dem Stoffe des Unternehmers zum Gegenstand hat (Abs. 2 Werklieferungsvertrag).

A. **Der Kauf von Wertpapieren.** Darüber, was unter Wertpapieren zu verstehen ist, s. § 1 Anm. 38 ff., § 360 Anm. 1; über Kuxe insbesondere Exk. zu § 376 Anm. 4, § 1 Anm. 40, und über den Kauf von Wertpapieren als Handelskauf im allgemeinen s. Exk. vor § 373 Anm. 3 f.

Anm. 1. I. **Einleitung.** Die ältere Rechtslehre erkannte es nicht an, daß das Wertpapier als solches Träger einer Forderung zu sein vermöge, obgleich sie auch schon von Verkörperung des Rechts im Papier sprach. Nach dieser Theorie (Savigny, Obligationsrecht 2 § 69) hat das Papier an sich die Bedeutung einer Beweisurkunde für eine verbriefte Forderung. Daraus folgte die Anwendung der Grundsätze über Forderungsabtretung auf den Kauf eines Wertpapiers. Der Zedent hatte danach nur de veritate nominis, d. h. für den Bestand der Forderung und die Echtheit der Urkunde, nicht de bonitate, d. h. nicht für das Zahlungsvermögen des Schuldners einzustehen. Die in dem Papier ausgesprochene Verpflichtung des Schuldners war also weder eine Eigenschaft der Urkunde noch des darin bekundeten Rechts. Von wesentlichen Verkehrseigenschaften, welche dem Papier erst Wert verleihen (Kursfähigkeit, wirtschaftliche Unterlagen eines Aktienunternehmens) konnte daher nicht die Rede sein. Gewährleistungsgrundsätze konnten nicht Platz greifen; folglich mußte man dem Zessionar auch die Anfechtung wegen Irrtums infolge Fehlens verkehrswesentlicher Eigenschaften versagen. Nur dann haftete der Zedent, wenn er eine bestimmte Garantie übernommen oder den Zessionar betrogen oder bei bestehendem Vertragsverhältnis fahrlässiger Ratserteilung sich schuldig ge-

Digitized by Google

macht hatte. Noch Goldschmidt (der Lucca-Pistoja-Aktienstreit 1859, S. 35 u. 63) glaubte keiner Widerlegung der schon damals abweichenden Rechtsprechung zu bedürfen. § 381.

Gegen diese Zessionslehre richtete sich die Kreationstheorie, nach der die Obligation mit Ausstellung der Urkunde jedem Inhaber gegenüber entsteht (Exk. zu § 365). Man erkannte, daß gerade die entscheidenden Rechtsvorgänge (z. B. das Abschneiden der Einreden aus der Person des Vormannes) sich aus den Begriffen einer Forderungsabtretung nicht erklären lassen, und daß der Zedent nicht aus der Zession, sondern aus dem Rechtsgeschäft hafte, zu dessen Erfüllung die Zession bestimmt ist, daß auch der Verkehr die Inhaberpapiere als Sachen behandle, daß also das der Forderungsabtretung zugrunde liegende Rechtsgeschäft ein Sachkauf sei. Diese Theorie führte, gerade umgekehrt wie die ältere Lehre, zu dem Satz, das Papier als Träger des in ihm verkörperten Rechts sei die Hauptsache, die Forderung aber nur ein unselbständiger Bestandteil der Urkunde (RG. 33, 108). Ist ein anderer als der Aussteller Eigentümer der Urkunde, so ist er auch Gläubiger. So gelangt man zum Eigentumserwerb an einer Forderung durch Eigentumserwerb am Papier, zur Annahme eines Sachkaufs, zur Anwendung der Gewährleistungsgrundsätze und damit zur Haftung des Verkäufers für die Güte des Wertpapiers in demselben Umfang, in dem der Verkäufer für die Güte der Ware nach § 459 BGB. einzustehen hat. Die Forderung ist hier eine Eigenschaft des Papiers. Zusagen des Verkäufers über die bisherigen Ergebnisse und die Dividendenhöhe eines Aktienunternehmens, über die Ergiebigkeit von Ton- und Erzlagern der Gewerkschaft oder Aktiengesellschaft beurteilen sich danach nicht nach den Regeln über Forderungsabtretung, sondern nach Gewährleistungsgrundsätzen (so ROHG. 18, 182; Lit. bei König 13). Anm. 2.

Eine dritte, erstmals von Hanauseck II § 54 S. 366 ff. entwickelte, von Düringer-Hachenburg III 35, 118 ff. u. § 381 Note II 2 u. III 5 aufgenommene Ansicht (Düringer DJZ. 05, 374) unterscheidet auf Grund der Doppelnatur der Wertpapiere zwischen dem Papier und dem im Papier verkörperten Recht. Danach gehören nur Mängel der Urkunde, als Skriptur betrachtet, zu den Sachmängeln und sind, wie diese, nach §§ 459 ff. BGB., §§ 377 ff. HGB. zu beurteilen. Zu diesen physischen Mängeln gehören alle Fälle, in denen es sich um sinnlich wahrnehmbare Eigenschaften handelt, z. B. Beschädigungen des Papiers, Fälschung, das Fehlen von Bestandteilen (Coupons, Talons) und gesetzlichen Stempeln. Alle übrigen Mängel sind nach dieser Meinung nicht Mängel der Sache selbst, sondern der mit der Sache verbundenen Befugnisse und betreffen nur das im Papier verbriefte Recht. Es macht keinen Unterschied, ob Nebenrechte fehlen, ob die Mängel den Verkäufer verhinderten, dem Käufer das Recht zu verschaffen, weil es nie entstanden, oder durch eine Einrede, durch Kraftloserklärung oder Aufgebot in seinem Bestand bedroht oder erloschen ist. Die Folgen mangelhafter Erfüllung sollen sich nach §§ 437, 440, 320 ff. BGB. richten. Diese Ansicht bedeutet eine Rückkehr zu der ältesten Lehre über die Haftung des Zedenten; sie zieht auch dieselben Folgerungen wie die alte Lehre. Anm. 3.

Wie bei der Zessionslehre (oben Anm. 1), so bildet auch hier das Institut des Aufgebotsverfahrens (Amortisation) das hauptsächlichste Beweismittel dafür, daß das Forderungsrecht im Papier keineswegs aufgehe; denn im Falle der Vernichtung oder des Abhandenkommens des Papiers zeige das Wertpapier seine wahre Natur; es zerfalle durch die Kraftloserklärung in das wertlose Papier und in die dem Erwerber des Ausschlußurteils gehörige selbständige Forderung. Deshalb stelle § 437 Abs. 2 BGB., der den Verkäufer eines Wertpapiers (nach seinem Wortlaut „auch" = nur) dafür haften lasse, daß das Wertpapier nicht aufgeboten ist, die Fortsetzung derselben Gedankenreihe dar und rechtfertige die Zessionslehre. Es lasse also § 437 Abs. 2 BGB. den Verkäufer nur für den Rechtsbestand haften. Allein § 437 Abs. 2 BGB. hat diesen Sinn nicht. Es sollte durch § 437 Abs. 2 BGB. gerade die Frage, ob die Wertpapiere, der modernen Rechtsentwicklung folgend, wie körperliche Sachen zu behandeln seien, nicht entschieden werden. Nur der Zweifel sollte beseitigt werden, ob das Bestehen eines Aufgebots einen rechtlichen oder einen physischen Mangel darstelle. So will das Wörtchen „auch" in Abs. 2 des

Digitized by Google

§ 381. § 437 BGB. verstanden sein (Prot. I 655; II 475). Diese Vorschrift enthält also eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß mit dem Verlust der Urkunde auch das Forderungsrecht verloren geht. Die Forderung soll wieder aufleben. Dieser Ausnahmecharakter zeigt sich offensichtlich in der Ausbildung, die das Institut der Kraftloserklärung von vernichteten und abhanden gekommenen Inhaber- und mit Blankoindossament versehenen Orderpapieren in den §§ 1003 ff. CPO. erfahren hat. Von dieser Auffassung, daß die Anwendung der sachenrechtlichen Grundsätze im übrigen durch § 437 Abs. 2 BGB. nicht ausgeschlossen ist, geht auch wohl D. 228 aus. Obige Streitfrage wollte der Gesetzgeber in Abs. 2 des § 437 BGB. umsoweniger entscheiden, als von ihm die Wertpapiere vielfach wie körperliche Sachen behandelt werden (z. B. §§ 783, 1362, 1381, 1646 BGB.; §§ 592, 688, 794 Nr. 5, 803 CPO.; § 69 BörsGes.). Insbesondere gilt dies von Inhaberpapieren (Exk. zu § 365; vgl. §§ 793, 935 Abs. 2, 1006 Abs. 1, 1293 BGB.; über den Sprachgebrauch Jacobi 11). Aus der Stellungnahme des Reichsgerichts (RG. 56, 255; 59, 240) sind keine allgemeinen Schlüsse zu ziehen (Hagens DJZ. 05, 663; a. M. Düringer DJZ. 05, 374).

Anm. 4. Aus der unbestreitbaren Doppelnatur der Wertpapiere läßt sich die Beschränkung der Sachmängel auf das Fehlen sinnlich wahrnehmbarer Eigenschaften nicht herleiten. An sich ist das Papier wertlos und kein selbständiger Gegenstand des Eigentums (RG. 33, 108 u. in RAnz. 90 Beil. 5, 413). Das Papier ist nur als Träger eines als wertvoll gedachten Rechtes Gegenstand des Verkehrs. Die zwei Seiten des Papiers lassen sich daher nicht trennen. Es gibt keinen Mangel des Papiers, der nicht zugleich die Forderung beträfe und umgekehrt. Daraus läßt sich jedoch nicht der Schluß ziehen (wie das OLG. Köln u. Neukamp in Holdheim 14, 1 wollen), daß es sich daher bei Mängeln eines Wertpapiers immer nur um Sachmängel und nie um Rechtsmängel handle. Daß Mängel äußerlich erkennbar sein müßten, verlangen die §§ 459 ff. BGB. §§ 477, 478 nicht für den Sachkauf. Es gibt auch verborgene Sachmängel, insbesondere sind als solche die Faktoren anerkannt, aus denen sich der Wert einer Kaufsache zusammensetzt (hierüber § 377 Anm. 42). Für die hier vertretene Ansicht läßt sich auch die Entscheidung des RG. in Gruch. 48, 100 (Holdheim 13, 26) anführen. Dort hatte das Reichsgericht die Anfechtung eines Kuxenkaufs wegen Irrtums zugelassen, weil durch Ereignisse ungewöhnlicher Art die Rentabilität des Bergwerks für längere Zeit ausgeschlossen und dadurch ein Sinken des Kurses eingetreten war. In diesem Falle deckte sich der Begriff einer verkehrswesentlichen Eigenschaft des § 459 Abs. 1 BGB. mit dem nahe verwandten Begriff des § 119 Abs. 2 BGB., wenn auch nicht zuzugeben ist, daß beide Begriffe immer dasselbe bedeuten (hierüber § 377 Anm. 56). Allerdings läßt das Reichsgericht neuerdings die Kursfähigkeit nicht mehr als Sacheigenschaft gelten (unten Anm. 10—12; § 360 Anm. 1).

II. **Es ergeben sich hiernach als Gesichtspunkte, unter denen der Kauf von Wertpapieren zu betrachten ist, die Verpflichtung des Verkäufers, das Eigentum am Papier zu verschaffen,** (das Eigentum am Papier bedeutet zugleich das Recht aus dem Papier) **und ferner die Verpflichtung des Verkäufers, für den Rechtsbestand einzustehen und für Sachmängel Gewähr zu leisten.**

Anm. 5. 1. Der Verkäufer hat dem Käufer die Urkunde zu verschaffen (eine Pflicht, die sich sowohl aus § 929 BGB. als auch aus § 444 BGB. ergibt; vgl. Exk. vor § 373 Anm. 57 ff.), sowie die weiter nötigen Schritte zur Verschaffung des Rechts zu tun (§ 222). Sind keine Aktien ausgegeben, so liegt ein einfacher Forderungskauf und kein Sachkauf vor (vgl. RG. 34, 115). Waren aber Aktienurkunden als Träger des Rechts Gegenstand des Kaufs, so befindet sich der Verkäufer, wenn er die Urkunden nicht verschaffen kann, weil solche überhaupt nicht ausgegeben oder zusammengelegt worden sind, in der von ihm nach §§ 325, 380 BGB. zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung (vgl. RG. 52, 417; § 179 Anm. 11). Anders, wenn die Gesellschaft im Falle des § 222 die Verkaufsgenehmigung versagt (RG. 41, 8 u. 17; Lehmann in ZHR. 51, 376). Darüber, wie es sich verhält, wenn die Aktienurkunde die in § 212 zugelassenen Nebenverpflichtungen nicht ersehen läßt, vgl. § 212 Anm. 25.

Digitized by Google

2. Der Verkäufer haftet für jeden Mangel im Recht (§§ 437—440 BGB.). § 381.

a) Er haftet also zunächst für den rechtlichen Bestand zur Zeit des Kaufabschlusses insofern, als er für ungestörte Ausübung der mit dem Papier (der Aktie) verbundenen gesellschaftlichen Individualrechte einzustehen hat (vgl. RG. 40, 151). Wird der rechtliche Bestand der Aktiengesellschaft angegriffen oder war die gelieferte Aktie nichtig, weil sie vor Eintragung der Gesellschaft (§ 209 Anm. 10) oder vor stattgehabter Erhöhung des Grundkapitals (§ 287 Anm. 1 f.) oder unter dem gesetzlichen Mindestbetrag ausgestellt (§ 209 Anm. 2; Lehmann 379) oder auf Grund eines nichtigen Kaduzierungsverfahrens ausgegeben war (§ 219 Anm. 5), so haftet der Verkäufer nach § 437 Abs. 1 BGB. Dagegen verhält es sich anders, wenn nicht etwa Anteile an einem zu verleihenden Bergwerk, also künftige Rechte (ROHG. 25, 360), sondern Kuxe als solche vor der Verleihung verkauft sind; dann sind nicht vorhandene Sachen Gegenstand des Kaufs gewesen. Der Vertrag ist nach § 306 BGB. nichtig, wenn die Sachlage beiden Teilen nicht bekannt war (vgl. ROHG. 18, 270; 21, 269; 23, 318; JW. 86, 282[51]). War sie dem Verkäufer allein bekannt, so wird häufig ein Garantieversprechen vorliegen, wenn nicht ein arglistiges Verschweigen nach § 826 BGB. anzunehmen ist. Bestand die Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung in einem beiden Teilen unbekannten Rechtsmangel in der Geschäftsfähigkeit des Käufers (weil ihm die zur Umschreibung auf seinen Namen erforderliche Nationalität fehlte), so ist der Vertrag wegen Irrtums anfechtbar (OLG. Frankfurt BankA. 06, 215). Anm. 6.

b) Sind Nebenrechte zugesichert worden, die mit dem Papier verbunden sein sollen (z. B. Sicherung der Dividenden durch ein Pfandrecht), so finden ebenfalls die §§ 437, 440 BGB. Anwendung (RG. 56, 253). Dasselbe muß gelten, wenn die Freiheit von gewissen Belastungen zugesichert wurde. Anm. 7.

c) Der Verkäufer haftet dafür, daß kein Dritter ein besseres Recht auf das Papier geltend macht. Denn der Verkäufer hat das Eigentum an dem verkauften Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 59). Dieser Grundsatz des § 434 HGB. gilt nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB. auch beim Verkauf einer Forderung. Er gilt aber nicht, wenn der Käufer den Mangel im Recht beim Abschluß des Kaufvertrages kannte; ausgenommen, wenn es sich um die in § 439 Abs. 2 BGB. aufgeführten Belastungen (Pfandrecht usw.) handelt. Die Belastungen muß der Verkäufer auch dann beseitigen, wenn sie dem Käufer bei Vertragsschluß bekannt waren (vgl. RG. 57, 2). Ist der verkaufte Kux mit einem Zubußerückstand belastet, so muß der Verkäufer nach diesem Grundsatz den Käufer befreien (RG. im Recht 03, 575[2914]). Anm. 8.

Daß das Aufgebot eines Wertpapiers nicht mehr (wie früher ROHG. 14, 226; 16, 22; RG. 10, 170; 30, 162; JW. 01, 519[10]) als das Fehlen einer gewöhnlich vorausgesetzten Sacheigenschaft, nämlich der Börsengängigkeit oder Umlauffähigkeit, sondern als ein Mangel im Recht, nämlich als ein auf dem fehlenden Recht des Verkäufers beruhender Mangel zu beurteilen ist, bestimmt § 437 Abs. 2 BGB. ausdrücklich (oben Anm. 3). Der Verkäufer haftet also dafür, daß beim Spezieskauf im Augenblick des Vertragsschlusses, beim Gattungskauf im Augenblick der Konkretisierung (Exk. vor § 373 Anm. 70) ein Aufgebot im Sinne der §§ 947, 948, 1008 CPO. noch nicht öffentlich bekannt gemacht ist (Planck § 437 Anm. 2; vgl. Prot. I 655). Das Aufgebot bewirkt Erfüllungsverzug nach § 440 Abs. 1, § 226 BGB. Der Käufer kann dem Verkäufer eine Frist mit der Aufforderung setzen, das Aufgebot zu beseitigen mit der Androhung, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Erfüllung ablehnen werde. Nach Ablauf der Frist kann der Käufer zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren. Der letztere Anspruch ist nicht davon abhängig, daß die Voraussetzungen des § 440 Abs. 2 BGB. zutreffen (a. M. 6./7. Aufl. § 377 Anm. 36). Denn das Aufgebotsverfahren bringt nicht die Frage zum Austrag, wer der Besitzberechtigte ist, sondern bezweckt nur die Ermittelung des Inhabers (§§ 1008, 1016 CPO.; ROHG. 5, 236). Will der Käufer zurücktreten, so erfolgt der Rücktritt durch einfache Erklärung dem Verkäufer gegenüber (§§ 440

Digitized by Google

§ 381. Abs. 1, 327, 349 BGB.). Der bei der Wandelung bestehende Streit darüber, ob auf Einwilligung in die Wandelung geklagt werden muß, kann hier nicht entstehen. Darüber, daß eine nach §§ 1019, 1020 CPO. erwirkte Zahlungssperre als ein Einziehungsverbot und damit als ein richterliches Veräußerungsverbot nach § 136 BGB. anzusehen ist, und daß der Verkäufer hier für die Einziehbarkeit der Forderung nach § 434 BGB. einzustehen hat, herrscht Übereinstimmung (Planck § 437 Anm. 2; Prot. II 475; vgl. § 366 Anm. 76).

Anm. 9. 3. Der Verkäufer haftet für Sachmängel nach den Gewährleistungsgrundsätzen. Sind Mängel dieser Art vorhanden, so bedarf es zur Erhaltung dieser Rechte der Mängelrüge nach §§ 377, 378. Auch der § 379 greift alsdann Platz. Dies alles bestimmt der Abs. 1 unseres Paragraphen. Darüber, daß es sich hier nicht allein um sinnlich wahrnehmbare Mängel handelt, siehe oben Anm. 4.

Anm. 10. a) Zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften eines Wertpapiers gehört, daß dasselbe an der Börse lieferbar ist; sonst kann man von Handelsgut nicht mehr reden (RG. 4, 196; § 360 Anm. 1). Nicht mehr lieferbare Papiere sind mit einem Sachmangel behaftet. Es finden die Gewährleistungsgrundsätze der §§ 459 ff., und es findet die kurze Verjährung des § 477 BGB. Anwendung. Der Käufer eines Wertpapieres hat zunächst Anspruch auf vollständige Lieferung d. h. auf Mitlieferung des Erneuerungsscheins (Talons) und, wenn er Wertpapiere mit Dividendenscheinen oder Coupons gekauft hat, Anspruch auf Mitlieferung der laufenden Dividendenscheine und Coupons (ROHG. 10, 304). Die verfallenen Scheine sind nur infolge besonderer Abrede oder Handelsgebrauchs mitzuliefern (ROHG. 6, 145); denn Coupons und Dividenden haben trotz ihrer selbständigen Umlaufsfähigkeit Zinsencharakter (ROHG. 10, 215; RG. 42, 155). Der Erneuerungsschein ist dagegen Legitimationspapier (§ 805 BGB.) und muß daher immer mitgeliefert werden (ROHG. 10, 319; RG. 3, 154). Fehlende Coupons und Talons bedeuten also einen Sachmangel (vgl. auch § 213 Anm. 14 f.). Dem Fehlen steht die Beigabe unrichtiger Erneuerungsscheine, Coupons und Dividendenscheine gleich (Hanauseck 2, 372). Fehlen aber überhaupt alle Coupons oder Dividendenscheine, so ist eine andre Ware als die gekaufte geliefert; die Ausnahmevorschrift des § 378 kommt zur Geltung (ROHG. 19, 85). Prämienlose müssen gestempelt sein (ROHG. 20, 418); sind sie schon verlost oder nicht gestempelt, so ist andere Ware geliefert, als gekauft war (ROHG. 14, 370; 20, 387, 421 u. 432; RG. 1, 292). Papiere, die an der Börse nicht lieferbar oder schwer veräußerlich sind, sind mangelhafte Ware. Dasselbe gilt, wenn das Wertpapier Rasuren oder Beschädigungen aufweist oder gefälscht ist. Ein Wertpapier ist auch dann beschädigt, wenn der fest mit dem Mantel zusammenhängende Couponbogen losgelöst und getrennt mitgeliefert wird (Gutachten der Handelskammer Frankfurt ZHR. 4, 130). Die unwirksame Außerkurssetzung eines Inhaberpapiers (Art. 176 EG. z. BGB.) ist ein Sachmangel (Frankfurter Usance ZHR. 24, 525). Stellt sich heraus, daß diese Mängel das gelieferte Papier völlig ungültig machen, so ist das Papier völlig wertlos, und finden die Regeln von der Gewährleistung wegen Mängel der Sache keine Anwendung, sondern die Regeln vom Leistungsverzug (Exk. zu § 374 Anm. 42); so z. B. wenn der Aktie wegen körperlicher Beschädigung die Umlaufsfähigkeit fehlt (RG. 4, 195), oder, wenn wesentliche Bestandteile der Urkunde gefälscht oder verändert sind (ROHG. 24, 261), oder wenn die Umlaufsfähigkeit völlig aufgehoben ist, wie bei ungestempelten ausländischen Prämienlosen (vgl. § 378 Anm. 5).

Anm. 11. Als andere Ware sind voll einbezahlte Interimsscheine (Bolze 14 Nr. 328), gekündigte statt ungekündigter Wertpapiere (D. 228), nicht emittierte, von der Aktiengesellschaft aber anerkannte Aktien statt der gekauften Vorzugsaktien (ROHG. 14, 370) anzusehen, nicht aber nicht voll einbezahlte Namensaktien. Bei letzteren kommt die Nichteinzahlung im Kurs zum Ausdruck; sie gelten deshalb als mit der Einzahlungspflicht belastet (ROHG. 22, 235, vgl. § 218 Anm. 1 f.). Ist andere Ware geliefert, so daß die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen zu erachten ist, so finden die §§ 373–381 ebenfalls keine Anwendung. Die Lieferung war nur ein erfolgloser Lieferungsversuch. Der Verkäufer hat überhaupt nicht

Digitized by Google

erfüllt; der § 326 BGB. gibt dann die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach gehöriger Androhung und Fristsetzung (vgl. § 378 Einl.). **§ 381.**

b) Zusicherungen tatsächlicher Art beim Verkauf von Wertpapieren sind von der Gewährleistung nicht ausgeschlossen. Der Wert einer Sache im allgemeinen ist zwar keine Eigenschaft im Sinne des § 459 BGB., wohl aber werden die Elemente, aus denen der Wert einer Sache sich zusammensetzt, zu solchen Eigenschaften; insbesondere gilt dieser Grundsatz, wenn ein bestimmter Ertrag, den die Sache bis zum Kaufabschluß abgeworfen haben soll, dem Käufer seitens des Verkäufers zugesichert worden ist. Sogar beim Kauf eines Handelsgeschäfts ist dieser Grundsatz entsprechend anzuwenden (über alles dies s. § 377 Anm. 42). Es ist nicht einzusehen, weshalb die Sachlage anders beurteilt werden soll, wenn der Verkäufer beim Kauf von Aktien oder Kuxen das Vorhandensein ganz bestimmter wirtschaftlicher Verhältnisse (z. B. die Reichhaltigkeit der Tonlager einer Fabrik, der Grubenfelder eines Bergwerks, die Rentabilität eines Aktienunternehmens) durch Anführung bestimmter einzelner Tatsachen, die den Käufer allein zum Abschluß bestimmen, zusichert. Daher haften die Aktienemittenten für die in Gründungs-Prospekten gemachten Angaben über erhebliche tatsächliche Verhältnisse des Aktienunternehmens den Zeichnern gegenüber lediglich auf Grund ihrer Zusicherung nach den Gewährleistungsgrundsätzen des § 463 BGB. (ROHG. 18, 182; vgl. RG. 28, 29), wenn sich die Aktien nachher als wertlos oder als minderwertig erweisen, weil die tatsächlichen Angaben unrichtig, d. h. die zugesicherten Eigenschaften nicht vorhanden waren. Das Reichsgericht I. CS. (RG. 59, 240; ähnlich wohl auch JW. 06, 378[5]) stellt sich auf einen andern Standpunkt; es versagt solchen Zusagen die Bedeutung der Zusicherung von Sacheigenschaften, weil es an der unmittelbaren Beziehung zur Kaufsache fehle. Die Folge dieser Ansicht ist, daß aus solchen Zusagen eine Haftung nur entsteht, wenn ein schuldhaftes zu Schadensersatz verpflichtendes Verhalten bei Abschluß des Vertrags (arglistige Täuschung, § 826 BGB.; Verfehlung bei Ratserteilung, Ext. zu § 349) oder eine Garantieübernahme nachzuweisen ist; eine Mängelrüge findet nicht statt; die Verjährung ist die 30jährige. Diese Ansicht (vertreten v. Hanauseck II § 54 Anm. 14; Düringer DJZ. 05, 374; bekämpft v. Hagens DJZ. 05, 663 u. Neukamp bei Holdheim 14, 1) faßt den Begriff der Sacheigenschaft zu enge auf. Die in RG. 59, 240 vertretene Ansicht, daß nach § 437 Abs. 2 das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft obigen Inhalts als Mangel im Recht gelte, ist schon oben Anm. 3 zu widerlegen versucht und in RG. 63, 61 seitens des zweiten Zivilsenats auch als nicht unbedenklich erachtet. Gegen die Anwendung der kurzen Verjährung und die Notwendigkeit der Mängelrüge läßt sich nicht einwenden, daß der Käufer den Mangel innerhalb sechs Monaten häufig nicht zu erkennen vermöge. Denn es wird in Fällen besonderer Art als Vertragswille anzunehmen sein, daß die Verpflichtung zur Mängelrüge erst eintreten und die Verjährung ihren Lauf erst mit dem Augenblick der Entdeckungsmöglichkeit beginnen soll (vgl. § 377 Anm. 5, 144, 190). Im übrigen verlangt der Verkehr gerade hier die kurze Frist. Die hier vertretene Meinung führt keineswegs dazu, den Kurs eines Papiers zur Sacheigenschaft zu erklären. Wer ein Papier kauft, weiß, daß die Kurse schwanken; er rechnet sogar oft darauf. Deshalb allein schon kann aus einem Kursverlust keine Haftung erwachsen. Der Kurs ist an sich keine verkehrswesentliche Eigenschaft (vgl. ROHG. 11, 139; 21, 218 u. 241). Nur wenn bestimmte, den Kurs bedingende Tatsachen zugesichert sind, verhält es sich anders. **Anm. 12.**

Ist ein nach seinem Inhalt mit Dividendengarantie versehenes Papier verkauft, so haftet der Verkäufer nur für die Echtheit der Garantieerklärung, regelmäßig aber nicht für deren rechtliche Gültigkeit und Wirksamkeit (ROHG. 21, 341). Ist nicht im Papier, sondern beim Kaufabschluß die Zusicherung gegeben, daß das Aktienunternehmen für ein bestimmtes in der Zukunft liegendes Geschäftsjahr Dividenden von bestimmter Höhe abwerfen werde, so ist nicht eine zur Zeit des Kaufs vorhandene Eigenschaft zugesichert, sondern eine Garantiehaftung übernommen (vgl. RG. bei Holdheim 13, 251, BankA. 5, 89 u. § 377 Anm. 45). Ebenso liegt der Fall, in dem beim Aktienverkauf zugesichert ist, daß die Fabrik bei der derzeitigen Einrichtung eine bestimmte Jahresproduktion erziele (Bolze 17 Nr. 316). Die **Anm. 13.**

Digitized by Google

§ 381. Abs. 1, 327, 349 BGB.). Der bei der Wandelung bestehende Streit darüber, ob auf Einwilligung in die Wandelung geklagt werden muß, kann hier nicht entstehen. Darüber, daß eine nach §§ 1019, 1020 CPO. erwirkte Zahlungssperre als ein Einziehungsverbot und damit als ein richterliches Veräußerungsverbot nach § 136 BGB. anzusehen ist, und daß der Verkäufer hier für die Einziehbarkeit der Forderung nach § 434 BGB. einzustehen hat, herrscht Übereinstimmung (Planck § 437 Anm. 2; Prot. II 475; vgl. § 366 Anm. 76).

Anm. 9. 3. Der Verkäufer haftet für Sachmängel nach den Gewährleistungsgrundsätzen. Sind Mängel dieser Art vorhanden, so bedarf es zur Erhaltung dieser Rechte der Mängelrüge nach §§ 377, 378. Auch der § 379 greift alsdann Platz. Dies alles bestimmt der Abs. 1 unseres Paragraphen. Darüber, daß es sich hier nicht allein um sinnlich wahrnehmbare Mängel handelt, siehe oben Anm. 4.

Anm. 10. a) Zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften eines Wertpapiers gehört, daß dasselbe an der Börse lieferbar ist; sonst kann man von Handelsgut nicht mehr reden (RG. 4, 196; § 360 Anm. 1). Nicht mehr lieferbare Papiere sind mit einem Sachmangel behaftet. Es finden die Gewährleistungsgrundsätze der §§ 459 ff., und es findet die kurze Verjährung des § 477 BGB. Anwendung. Der Käufer eines Wertpapieres hat zunächst Anspruch auf vollständige Lieferung d. h. auf Mitlieferung des Erneuerungsscheins (Talons) und, wenn er Wertpapiere mit Dividendenscheinen oder Coupons gekauft hat, Anspruch auf Mitlieferung der laufenden Dividendenscheine und Coupons (ROHG. 10, 304). Die verfallenen Scheine sind nur infolge besonderer Abrede oder Handelsgebrauchs mitzuliefern (ROHG. 6, 145); denn Coupons und Dividenden haben trotz ihrer selbständigen Umlaufsfähigkeit Zinsencharakter (ROHG. 10, 215; RG. 42, 155). Der Erneuerungsschein ist dagegen Legitimationspapier (§ 805 BGB.) und muß daher immer mitgeliefert werden (ROHG. 10, 319; RG. 3, 154). Fehlende Coupons und Talons bedeuten also einen Sachmangel (vgl. auch § 213 Anm. 14 f.). Dem Fehlen steht die Beigabe unrichtiger Erneuerungsscheine, Coupons und Dividendenscheine gleich (Hanauseck 2, 372). Fehlen aber überhaupt alle Coupons oder Dividendenscheine, so ist eine andre Ware als die gekaufte geliefert; die Ausnahmevorschrift des § 378 kommt zur Geltung (ROHG. 19, 85). Prämienlose müssen gestempelt sein (ROHG. 20, 418); sind sie schon verlost oder nicht gestempelt, so ist andere Ware geliefert, als gekauft war (ROHG. 14, 370; 20, 387, 421 u. 432; RG. 1, 292). Papiere, die an der Börse nicht lieferbar oder schwer veräußerlich sind, sind mangelhafte Ware. Dasselbe gilt, wenn das Wertpapier Rasuren oder Beschädigungen aufweist oder gefälscht ist. Ein Wertpapier ist auch dann beschädigt, wenn der fest mit dem Mantel zusammenhängende Couponbogen losgelöst und getrennt mitgeliefert wird (Gutachten der Handelskammer Frankfurt ZHR. 4, 130). Die unwirksame Außerkurssetzung eines Inhaberpapiers (Art. 176 EG. z. BGB.) ist ein Sachmangel (Frankfurter Usance ZHR. 24, 525). Stellt sich heraus, daß diese Mängel das gelieferte Papier völlig ungültig machen, so ist das Papier völlig wertlos, und finden die Regeln von der Gewährleistung wegen Mängel der Sache keine Anwendung, sondern die Regeln vom Leistungsverzug (Erk. zu § 374 Anm. 42); so z. B. wenn der Aktie wegen körperlicher Beschädigung die Umlaufsfähigkeit fehlt (RG. 4, 195), oder, wenn wesentliche Bestandteile der Urkunde gefälscht oder verändert sind (ROHG. 24, 261), oder wenn die Umlaufsfähigkeit völlig aufgehoben ist, wie bei ungestempelten ausländischen Prämienlosen (vgl. § 378 Anm. 5).

Anm. 11. Als andere Ware sind voll einbezahlte Interimsscheine (Bolze 14 Nr. 328), gekündigte statt ungekündigter Wertpapiere (D. 228), nicht emittierte, von der Aktiengesellschaft aber anerkannte Aktien statt der gekauften Vorzugsaktien (ROHG. 14, 370) anzusehen, nicht aber nicht voll einbezahlte Namensaktien. Bei letzteren kommt die Nichteinzahlung im Kurs zum Ausdruck; sie gelten deshalb als mit der Einzahlungspflicht belastet (ROHG. 22, 235, vgl. § 218 Anm. 1 f.). Ist andere Ware geliefert, so daß die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen zu erachten ist, so finden die §§ 373–381 ebenfalls keine Anwendung. Die Lieferung war nur ein erfolgloser Lieferungsversuch. Der Verkäufer hat überhaupt nicht

Digitized by Google

erfüllt; der § 326 BGB. gibt dann die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach gehöriger Androhung und Fristsetzung (vgl. § 378 Einl.). § 381.

b) Zusicherungen tatsächlicher Art beim Verkauf von Wertpapieren sind von der Gewährleistung nicht ausgeschlossen. Der Wert einer Sache im allgemeinen ist zwar keine Eigenschaft im Sinne des § 459 BGB., wohl aber werden die Elemente, aus denen der Wert einer Sache sich zusammensetzt, zu solchen Eigenschaften; insbesondere gilt dieser Grundsatz, wenn ein bestimmter Ertrag, den die Sache bis zum Kaufabschluß abgeworfen haben soll, dem Käufer seitens des Verkäufers zugesichert worden ist. Sogar beim Kauf eines Handelsgeschäfts ist dieser Grundsatz entsprechend anzuwenden (über alles dies s. § 377 Anm. 42). Es ist nicht einzusehen, weshalb die Sachlage anders beurteilt werden soll, wenn der Verkäufer beim Kauf von Aktien oder Kuxen das Vorhandensein ganz bestimmter wirtschaftlicher Verhältnisse (z. B. die Reichhaltigkeit der Tonlager einer Fabrik, der Grubenfelder eines Bergwerks, die Rentabilität eines Aktienunternehmens) durch Anführung bestimmter einzelner Tatsachen, die den Käufer allein zum Abschluß bestimmen, zusichert. Daher haften die Aktienemittenten für die in Gründungs-Prospekten gemachten Angaben über erhebliche tatsächliche Verhältnisse des Aktienunternehmens den Zeichnern gegenüber lediglich auf Grund ihrer Zusicherung nach den Gewährleistungsgrundsätzen des § 463 BGB. (ROHG. 18, 182; vgl. RG. 28, 29), wenn sich die Aktien nachher als wertlos oder als minderwertig erweisen, weil die tatsächlichen Angaben unrichtig, d. h. die zugesicherten Eigenschaften nicht vorhanden waren. Das Reichsgericht I. CS. (RG. 59, 240; ähnlich wohl auch JW. 06, 378[5]) stellt sich auf einen andern Standpunkt; es versagt solchen Zusagen die Bedeutung der Zusicherung von Sacheigenschaften, weil es an der unmittelbaren Beziehung zur Kaufsache fehle. Die Folge dieser Ansicht ist, daß aus solchen Zusagen eine Haftung nur entsteht, wenn ein schuldhaftes zu Schadensersatz verpflichtendes Verhalten bei Abschluß des Vertrags (arglistige Täuschung, § 826 BGB.; Verfehlung bei Ratserteilung, Exk. zu § 349) oder eine Garantieübernahme nachzuweisen ist; eine Mängelrüge findet nicht statt; die Verjährung ist die 30jährige. Diese Ansicht (vertreten v. Hanauseck II § 54 Anm. 14; Düringer DJZ. 05, 374; bekämpft v. Hagens DJZ. 05, 663 u. Neukamp bei Holdheim 14, 1) faßt den Begriff der Sacheigenschaft zu enge auf. Die in RG. 59, 240 vertretene Ansicht, daß nach § 437 Abs. 2 das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft obigen Inhalts als Mangel im Recht gelte, ist schon oben Anm. 3 zu widerlegen versucht und in RG. 63, 61 seitens des zweiten Zivilsenats auch als nicht unbedenklich erachtet. Gegen die Anwendung der kurzen Verjährung und die Notwendigkeit der Mängelrüge läßt sich nicht einwenden, daß der Käufer den Mangel innerhalb sechs Monaten häufig nicht zu erkennen vermöge. Denn es wird in Fällen besonderer Art als Vertragswille anzunehmen sein, daß die Verpflichtung zur Mängelrüge erst eintreten und die Verjährung ihren Lauf erst mit dem Augenblick der Entdeckungsmöglichkeit beginnen soll (vgl. § 377 Anm. 5, 144, 190). Im übrigen verlangt der Verkehr gerade hier die kurze Frist. Die hier vertretene Meinung führt keineswegs dazu, den Kurs eines Papiers zur Sacheigenschaft zu erklären. Wer ein Papier kauft, weiß, daß die Kurse schwanken; er rechnet sogar oft darauf. Deshalb allein schon kann aus einem Kursverlust keine Haftung erwachsen. Der Kurs ist an sich keine verkehrswesentliche Eigenschaft (vgl. ROHG. 11, 139; 21, 218 u. 241). Nur wenn bestimmte, den Kurs bedingende Tatsachen zugesichert sind, verhält es sich anders. Anm. 12.

Ist ein nach seinem Inhalt mit Dividendengarantie versehenes Papier verkauft, so haftet der Verkäufer nur für die Echtheit der Garantieerklärung, regelmäßig aber nicht für deren rechtliche Gültigkeit und Wirksamkeit (ROHG. 21, 341). Ist nicht im Papier, sondern beim Kaufabschluß die Zusicherung gegeben, daß das Aktienunternehmen für ein bestimmtes in der Zukunft liegendes Geschäftsjahr Dividenden von bestimmter Höhe abwerfen werde, so ist nicht eine zur Zeit des Kaufs vorhandene Eigenschaft zugesichert, sondern eine Garantiehaftung übernommen (vgl. RG. bei Holdheim 13, 251, BankA. 5, 89 u. § 377 Anm. 45). Ebenso liegt der Fall, in dem beim Aktienverkauf zugesichert ist, daß die Fabrik bei der derzeitigen Einrichtung eine bestimmte Jahresproduktion erziele (Bolze 17 Nr. 316). Die Anm. 13.

Digitized by Google

§ 381. Zusicherung des Verkäufers, die zum Kauf angebotenen Papiere seien eine gute und sichere Anlage oder eine prima Kapitalanlage, ist kein Teil des verkauften Rechts oder Papiers. Eine unrichtige Zusicherung dieser Art kann nur etwa eine Haftung wegen schuldhafter Empfehlung begründen (RG. 42, 132; vgl. Exk. zu § 349, insbes. Anm. 9).

Anm. 14. B. **Der Werklieferungsvertrag.** Absatz 2 unseres Paragraphen besagt, daß die §§ 373—380 auch dann Anwendung finden, wenn aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.

I. Soll der Unternehmer aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff eine vertretbare bewegliche Sache herstellen, so ergibt sich schon aus § 651 Abs. 1 BGB., daß das Geschäft ein Kauf ist, also ein Handelskauf, wenn ein Teil Kaufmann ist. Hier ist aber weiter gesagt, daß auch dann, wenn die bewegliche Sache eine unvertretbare ist, die §§ 373—380 gelten sollen. Damit ist nicht etwa gesagt, daß ein solches Geschäft in allen Stücken wie ein Handelskauf angesehen werden soll, sondern es sollen außer den Regeln des Werkvertrags von den Regeln über den Handelskauf auch noch die §§ 373—380 angewendet werden (so auch schon ROHG. 14, 43; RG. 25, 89). Hierüber das Nähere im Exk. zu § 373 Anm. 13—15. Es kommt somit wesentlich darauf an, ob die herzustellende bewegliche Sache vertretbar oder unvertretbar ist.

Anm. 15. 1. Vertretbare Sachen sind solche bewegliche Sachen, die nur wegen ihrer Menge und Qualität für den Berechtigten Interesse haben (§ 91 BGB.). Daher sind Maschinen gewöhnlicher Art, bei denen es auf eine bestimmte Leistungsfähigkeit nicht ankommt, und die nicht einem besonderen Raum angepaßt sind, vertretbare Sachen (RG. 25, 89; 45, 64). Sachen dieser Art haben einen größeren Abnehmerkreis und werden regelmäßig auf Vorrat nach einem gewissen Typ gefertigt. Bei ihnen tritt die zur Herstellung nötige Arbeit nach der Verkehrsauffassung völlig zurück. Dem Besteller ist es gleichgültig, ob ihm eine fertige oder eine erst anzufertigende Sache geliefert wird, hier ist Aufstellung und Montage der gekauften Maschine (ROHG. 9, 219 u. 229; 11, 62; RG. 45, 64) wie z. B. auch das Verlegen der gekauften Parketthölzer (Bolze 7 Nr. 365) im Verhältnis zur Lieferung der Ware bloße Nebenleistung. Daß die Maschine zur Zeit des Abschlusses noch nicht ganz fertig war, also noch Arbeitsaufwendung erforderte, macht sie noch nicht zur unvertretbaren Sache, wenn nur der Gesichtspunkt der entscheidende bleibt, daß die Arbeit verhältnismäßig als Nebenleistung anzusehen ist (JW. 01, 407[26]; 02, 244[26]). Die Benutzung von Zeichnungen und Modellen zur Anfertigung macht die Sache noch nicht zur unvertretbaren (JW. 00, 665[21]; ROHG. 13, 424: Bestellung von Säulen nach Zeichnung bei einem Eisenhändler). Ruht das Hauptgewicht also nicht auf der Anfertigung durch den andern Vertragsteil gemäß der geforderten eigenartigen Beschaffenheit, sondern auf der Lieferung von Ware bekannter, gewöhnlicher oder üblicher Art, so sind die Voraussetzungen der Vertretbarkeit gegeben (JW. 03, 244[26]): mag es sich auch um Sachen genau bestimmter Art handeln, bei deren Herstellung die besondere Leistungsfähigkeit des Fabrikanten ausschlaggebend war und dem anderen Vertragsteil ein Aufsichtsrecht bei der Anfertigung eingeräumt ist (RG. 4, 242).

Anm. 16. 2. Unvertretbare bewegliche Sachen sind solche Sachen, die mit Rücksicht auf ihre Eigenart, ihre besondere Leistung oder Anpassung an einen bestimmten Betrieb durch andere gleichartige nicht ersetzt werden können und auf diese Weise individualisiert erscheinen. Dies trifft zu, wenn Sachen nach den besonderen Wünschen und Plänen des Bestellers oder zu einem individuellen Zwecke z. B. zur Erprobung einer Erfindung, zur probeweisen Verwirklichung einer künstlerischen Idee (ROHG. 2, 289; 6, 29; JW. 02, 244[26]) oder zur Erfüllung einer ganz eigentümlichen, ungewöhnlichen Aufgabe konstruiert werden sollen (Bolze 1 Nr. 1005). Das Hauptgewicht liegt alsdann nicht in der Lieferung einer Sache der bestellten Art, sondern in der Anfertigung, also in der besonderen geistigen Arbeit, die zur Herstellung einer Individualität aufzuwenden ist (RG. 56, 81; Anfertigung von Fahrradrahmen aus gestellten Fahrradteilen). Sollen daher Maschinenteile nicht nur geliefert, sondern in eine vorhandene Anlage so eingefügt werden, daß erst mit Betriebsfähigkeit der ganzen Anlage die Verpflichtungen des Lieferanten erfüllt

Digitized by Google

sind, so handelt es sich um unvertretbare Sachen (ROHG. 23, 90). Es kommt daher in jedem einzelnen Falle darauf an, ob den Parteien die Arbeitsaufwendung oder die Lieferung einer Gattungssache der Ausschlaggebende gewesen ist. Von diesem Gesichtspunkt will auch die ältere Rechtsprechung verstanden sein, die Unvertretbarkeit annahm: bei Lieferung einer Ziegelpresse (RG. 21, 205); bei Bestellung von zwei großen und zwei kleinen Zahnrädern für ein Pumpwerk (RG. 25, 89); bei Bestellung eines Gasmotors von 20 Pferdekräften nebst Wassergasapparat (Bolze 12 Nr. 461/62); bei Bestellung eines Sicherheitsröhrendampfkessels (Bolze 6 Nr. 547); bei Lieferung einer Mühleneinrichtung (Bolze 3 Nr. 363 u. SeuffA. 42 Nr. 111); bei Lieferung eines von den Örtlichkeiten, der Klärfähigkeit des Wassers und sonstigen Verhältnissen bedingten Wasserreinigers (JW. 99, 261[14]). § 381.

3. Handelt es sich zugleich um die Grenzen zwischen Beweglichkeit und Unbeweglichkeit, so bietet die Beantwortung der Frage nach der Vertretbarkeit Schwierigkeiten, z. B. wenn bewegliche Sachen in ein Grundstück hineingearbeitet werden sollen (§ 1 Anm. 45 ff.). Dadurch, daß eine erst anzufertigende bewegliche Sache Zubehör eines Grundstücks werden soll, wird die Sache weder zu einer unbeweglichen noch zu einer unvertretbaren (§ 1 Anm. 51). Daher bleibt die Lieferung einzupflanzender Rüben ein Kauf vertretbarer beweglicher Sachen (RG. 1, 355) ebenso wie Lieferung elektrischer Klingeln. Sollten aber Maschinen nicht nur in ein Gebäude einmontiert werden (oben Anm. 15 u. 16; § 1 Anm. 51), sondern soll ihre Einfügung eine Anlage erst betriebsfähig machen, so liegt ein Werkvertrag vor; § 381 Abs. 2 trifft dann nicht zu (ROHG. 23, 90; Bolze 3 Nr. 663). So liegt die Sache z. B. bei Einrichtung einer Luftheizung (RG. in PucheltZ. 4, 483); bei Herstellung eines Wegekörpers (JW. 01, 190[12]); bei Errichtung eines Zirkus auf einem von dem Zirkusdirektor gemieteten Platze. Hier liegt ein Werkvertrag (und nicht Sachmiete) vor, wenn auch der Zirkus vom Unternehmer nach Beendigung der Vorstellung wieder abzubrechen ist (Bolze 1 Nr. 1006). Dasselbe muß von Schaubuden gelten, obgleich die Baustoffe durch solch' vorübergehende Einfügung gemäß §§ 95 Abs. 1, 97 BGB. weder Bestandteile noch Zubehör des Grundstücks werden (RG. 59, 21; JW. 03 Beil. 119[263]). Maurer, Zimmerleute, Dachdecker und ähnliche Bauhandwerker, die bei Erstellung eines Gebäudes Teilarbeiten leisten, errichten Einzelwerke eine Baues im Sinne des § 638 BGB.; sie verkaufen nicht ihre Stoffe (RG. 27, 273; 57, 377). Eine besondere Art des Werkvertrags ist der Bauentrepriseverträg (RG. 28, 230; JW. 07, 359[6]). Die Unterlassung einer Rüge kann aber auch beim reinen Werkvertrag, obgleich § 377 ausgeschlossen ist, doch Genehmigung bedeuten, wenn diese Bedeutung dem Verhalten des Berechtigten nach Treu und Glauben beigelegt werden muß (ROHG. 23, 88; RG. 25, 91; vgl. OLG. Breslau im Recht 04, 534). Anm. 17.

II. Ist eine bewegliche Sache aus eigenem Stoffe des Bestellers herzustellen, oder ist eine Sache des Bestellers zu verändern oder auszubessern, oder liefert der Unternehmer nur Zutaten oder Nebensachen, so liegt ein eigentlicher Werkvertrag nach §§ 631 ff. BGB. vor. Nicht eine Sache, sondern Arbeit ist Vertragsgegenstand. (Es kann bei Reparaturen aber auch ein reiner Dienstvertrag gewollt sein; RG. 10, 204). Der Unternehmer wird nicht etwa nach § 950 BGB. Eigentümer der von ihm hergestellten neuen Sache (RGSt. 37, 329). Die Anwendung des vorliegenden Abschnitts ist ausgeschlossen. Es kann aber in einzelnen Beziehungen Entsprechendes angenommen werden. So z. B. entspricht es Treu und Glauben, daß auch hier die Rüge nicht über Gebühr verzögert werden darf (vgl. § 377 Anm. 195 ff. u. oben Anm. 17; vgl. RG. 25, 89). Anm. 18.

III. Liefert der Besteller den Stoff mit der Vereinbarung, daß der Unternehmer ihn durch einen andern ersetzen dürfe (Vertrag zwischen Fabrikant und Hausindustriearbeiter), so wird regelmäßig der dem Unternehmer gelieferte Stoff als veräußert und das Werk als verkauft anzusehen sein. Es wäre denn, daß zum Schutz des Bestellers für Fälle des Konkurses oder Rücktritts die Vereinbarung dahin lautete, daß die Gefahr zwar mit Empfang des Stoffes, das Eigentum aber erst dann auf den Unternehmer übergehen soll, wenn er zur Ausführung des Werkes den andern Stoff verwende. Anm. 19.

Digitized by Google

§ 382.

§ 382. **Die Vorschriften der §§ 481 bis 492 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gewährleistung bei Viehmängeln werden durch die Vorschriften dieses Abschnitts nicht berührt.**

Lit.: Büchner, Die Gewährleistung beim Viehhandel, 4. Aufl. Landsberg 1905; Stölzle, Viehkauf, 3. Aufl. Berlin 1904; Krückmann, Anfechtung, Wandelung usw. beim Viehkauf, Neudamm 1904.

Der vorliegende Paragraph hat hauptsächlich den Zweck, die sofortige Anzeigepflicht und das Genehmigungspräjudiz des § 377 auf die Gewährleistung bei Viehmängeln auszuschließen (D. 228). Der vorliegende Paragraph ist hiernach dahin auszulegen, daß der § 377 beim Viehhandel nicht Platz greift, sondern statt dessen die Sondervorschriften der §§ 481—492 BGB. Dagegen finden die §§ 373 (Selbsthilfeverkauf beim Annahmeverzug des Käufers), 376 (Sonderbestimmungen über das Fixgeschäft), 379 (Verpflichtung des Käufers zur einstweiligen Aufbewahrung der beanstandeten Ware und das Recht des Notverkaufs bei Gefahr im Verzuge) auch beim Viehhandel Anwendung, da alle diese Vorschriften sich nicht auf die Gewährleistung bei Viehmängeln beziehen. Die Kaiserl. VO. v. 27. März 1899 (RGBl. 219) betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel bestimmt das Nähere zur Ausführung des § 481 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Exk. zu § 382.

Exkurs zu § 382.

Ergänzungen zur Lehre vom Handelskauf.

I. Der Kauf nach Probe.

Anm. 1. **A. Die maßgebende Gesetzesstelle ist § 494 BGB.** Derselbe lautet:

> Bei einem Kaufe nach Probe oder nach Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen.

Anm. 2. **B. Die Begriffsbestimmung des Kaufs nach Probe.**

I. Er ist ein unbedingter Kaufvertrag, bei dem der Verkäufer zugesichert hat, daß die Ware mit einer Probe übereinstimmt.

1. **Er ist ein unbedingter Vertrag.** Von der Tatsache der Probemäßigkeit hängen die Wirkungen des Vertrages nicht ab, der Vertrag ist geschlossen und seine Wirkungen treten ein; es ist nur die Besonderheit hinzugefügt, daß der Verkäufer für die Übereinstimmung der Ware mit der Probe zu haften hat. Von Bedeutung kann dieser Unterschied werden bei sich herausstellender Probewidrigkeit. Wäre die Probemäßigkeit Bedingung, dann würde es in diesem Falle so angesehen werden müssen, als sei der Vertrag überhaupt nicht geschlossen. Da aber ein unbedingter Vertrag vorliegt, so bleibt er bestehen, und es hat der Käufer die Rechte aus der Gewährleistung nach seiner Wahl. Selbstverständlich können die Parteien auch einen Vertrag unter der Bedingung der Probemäßigkeit schließen. Das ist aber kein Kauf nach Probe im Sinne des § 494 BGB. (vgl. ROHG. 2, 420; 8, 250). Sind Sorten einer Ware nach verschiedenen Mustern nach Wahl des Käufers verkauft, so liegt weder ein Kauf nach Probe noch ein Spezifikationskauf sondern ein Wahlkauf vor (RG. 35, 2).

Anm. 3. 2. **Die Verpflichtung des Verkäufers, für die Probemäßigkeit zu haften,** ist das Charakteristische dieses Vertrages. Indessen liegt hierin nichts Besonderes. Es liegt ein ganz gewöhnlicher Kaufvertrag vor, bei dem der Verkäufer eine besonders bezeichnete Eigenschaft der Ware zugesichert hat, nur daß diese Bezeichnung der Qualität nicht durch Beschreibung, sondern durch Bezugnahme auf eine andere Ware erfolgt. Es liegt auf der Hand, daß diese Bezeichnungsart keine besonderen Rechtsfolgen erzeugen kann. Es ist daher hier dasselbe Rechtens, wie wenn sonst der Verkäufer bei einem unbedingt geschlossenen Vertrage eine bestimmte Eigenschaft der Sache zusichert. Der § 494 BGB. läßt diese Auffassung deutlich erkennen.

Digitized by Google

C. **Die praktischen Einzelfragen.** Ergl. zu

1. **Die Feststellung des Kaufs nach Probe** erfolgt unter Anwendung der §§ 133, 157 BGB. § 382. Es kommt darauf an, ob nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß der Verkäufer Anm. 4. die Eigenschaft bindend zugesagt hat, welche eine andere Ware hat. Daß die Ware beim Kaufe vorgelegt wurde, genügt für sich allein nicht immer, weil sehr häufig im Geschäftsverkehr Muster zur allgemeinen Orientierung und zur Weckung der Kauflust vorgelegt werden (ROHG. 16, 318; JW. 02 Beil. 230[96]). Es kann dies aber nach der Lage der Umstände, insbesondere nach den in dem betreffenden Handelszweige bestehenden Gewohnheiten genügen (OLG. Hamburg ZHR. 38, 200). Daß die Probe ausgehändigt wurde, begründet eine Vermutung für den Kauf nach Probe (ROHG. 15, 171). Aber diese Vermutung kann widerlegt werden (OLG. Karlsruhe DJZ. 5, 304). Es ist aber auch gar nicht notwendig, daß die Probe vor oder beim Kauf vorgelegt wurde. Es kann auch auf eine bei einem Dritten befindliche Ware oder auf eine früher bereits bezogene Ware Bezug genommen werden („Wie gehabt"). Das ROHG. 13, 214 hat einen Fall der letzteren Art nicht als Kauf nach Probe gelten lassen wollen; jedoch mit Unrecht (vgl. Hahn Note 10 zu Art. 340; RG. 11, 39 u. RG. im Recht 04, 76[818]). Denn welcher Bestimmung die in Bezug genommene Ware dient, und wo und in welchem Rechtsverhältnisse sie sich befindet, ist gleichgültig. Das Wesentliche für den Kauf nach Probe ist nur, daß die Beschaffenheit der Ware unter Bezugnahme auf die Eigenschaften einer anderen Ware zugesagt wurde. — Ein Kauf nach Probe ist nicht zustande gekommen, wenn die Beschaffenheit der Probe mit dem anderweit erkennbaren Vertragswillen (OLG. Hamburg ZHR. 43, 362) in Widerspruch steht; z. B. wenn der Verkäufer bei Übersendung der Probe zugleich eine bindende Erklärung, daß er danach liefern werde, in erkennbarer Weise ablehnt (JW. 02, 256[23]).

2. **Kombinationen und Modifikationen eines Kaufs nach Probe.** Die Verbindung eines Kaufs Anm. 5. nach Probe mit der Zusage anderer Eigenschaft ist selbstverständlich denkbar und zulässig. Warum sollten nicht verschieden bezeichnete Eigenschaften, die eine durch Beschreibung, die andere durch Bezugnahme auf andere Ware versprochen werden können? (ROHG. 14, 290). Warum sollte es nicht zulässig sein, zu versprechen, daß die Ware einer Probe entsprechen und zugleich für bestimmte Zwecke tauglich sein soll? (ROHG. 8, 250; RG. 27, 20: Verkäufer hatte Brotmehl nach Probe verkauft; damit war auch zugesichert, daß es zur Verarbeitung in eßbares Brot geeignet sei; Bolze 7 Nr. 583: Verkäufer hatte Knochenmehl nach Probe verkauft und gleichzeitig zugesichert, daß es rein, deshalb frei von Haaren, Blut und Schmutz sei, obgleich die Probe nicht rein war; Bolze 10 Nr. 470: die Zusicherung einer bestimmten Gewichtssumme neben der Probe; RG. im Recht 06, 373[918]: es war zugesichert, daß die Ware Primaware, d. h. gleichartig und zu dem angegebenen Zweck besonders brauchbar sein solle). Es kann auch sein, daß die Probe nicht ganz maßgebend sein soll, z. B. nur wegen des Gewebes, wogegen die Farbe der Probe nicht entsprechen, sondern eine andere sein soll. Es kann auch annähernde Übereinstimmung mit der Probe ausgemacht werden. Immer aber muß die in Bezug genommene Ware schon jetzt in dem Zustande sein, in welchem sich die zu liefernde Ware befinden soll. Werden in der Entwicklung begriffene Naturerzeugnisse (junger Wein, junges Öl, unfermentierter Tabak) nach Probe verkauft, so soll die Probe nur die Sorte in ihrer Entwicklung bis zur vollkommenen Reife veranschaulichen; für Qualitätsveränderungen steht Verkäufer nicht ein; der Verkäufer haftet nur für Arglist, und dafür, daß die Probe nicht geschmeichelt, d. h. richtig gezogen ist (ROHG. 20, 332); es liegt kein Kauf nach Probe vor. Anders, wenn der Sinn der Hingabe solcher Proben der unfertigen Waren war, daß die fertige Ware im allgemeinen die Eigenschaften des Typenmusters zeigen müsse. Häufig werden im Handel auch sog. Typenmuster fertiger Ware in dem Sinn gegeben, daß das Muster nur ein Bild von der äußeren Beschaffenheit, von ihrer Form, Art und Farbe geben soll; nicht aber soll dann das Muster für den inneren Gehalt maßgebend sein (so OLG. Hamburg HansGZ. 03 Hptbl. 92 für Futtermittel).

Digitized by Google

Ergk. zu § 382. Anm. 6.

3. **Die Rechtsfolge der Zusage der Probemäßigkeit** ist, daß die Zusage erfüllt werden muß. Daß vollkommene Übereinstimmung immer gemeint ist, ist nicht gesagt; insbesondere dann nicht, wenn es unmöglich ist, ganz genaue Übereinstimmung zu erzielen, und im Handelsverkehr bei der betreffenden Warengattung ganz allgemein auf die Abweichungen von der Probe kein Wert gelegt wird; alsdann wird vielmehr angenommen, daß die Parteien diese Abweichungen als unwesentlich betrachtet haben (RG. 20, 32; 21, 88; 47, 135; Bolze 10 Nr. 471; 15 Nr. 362; ROHG. 19, 189). Im Spielwarenhandel ist es z. B. Brauch, daß mäßige Abweichungen von den durch den Käufer bestellten Arten nicht als vertragswidrig gelten (ROHG. 19, 189). Bei sog. Massenartikeln kommt es vor, daß trotz geringer Abweichungen von der Probe die Ware immer noch eine solche ist, wie sie überhaupt nur erwartet werden kann (JW. 99, 101[41]; 97, 375[35]). Größere Abweichungen aber sind unstatthaft (RG. 29, 88). Keinenfalls kann bei billigen Massenartikeln ein Handelsgebrauch anerkannt werden, nach dem Ware angenommen werden müßte, die nicht einmal mehr Handelsware ist (JW. 00, 856[13]). Auch schließt der Umstand, daß die Kaufprobe von der demnächst gelieferten Quantität genommen ist, die Haftung des Verkäufers nicht aus, wenn die Ware anders ausfällt als die Probe (Bolze 5 Nr. 653). Fällt sie aber ebenso aus wie die Probe, so hat der Verkäufer regelmäßig seiner Pflicht genügt (RG. 29, 89; Bolze 13 Nr. 433: Käufer durfte nicht zurücktreten, weil die Ware Käfer hatte; denn auch die Probe hatte Käfer; ebenso Bolze 13 Nr. 442). Nur dann muß besser als die Probe geliefert, d. h. außer der Übereinstimmung mit der Probe noch eine andere Eigenschaft gewährt werden, wenn Käufer der Probe ihrer handelsüblichen Bezeichnung nach eine andere Qualität beimessen durfte, als sie tatsächlich hatte, und der Verkäufer arglistig verfahren ist, sei es, daß er die Probe verfälscht, oder daß er das Fehlen der andern, selbstverständlich vorausgesetzten Eigenschaft kannte; selbst die Sorglosigkeit des andern Teils oder der Zusatz: „garantiert nur nach Muster", befreit den Verkäufer wegen seiner Arglist nicht von der Gewährung der andern Eigenschaft (Bolze 10 Nr. 462; 11 Nr. 387; JW. 90, 403[6]). Dem gutgläubigen Verkäufer gegenüber dagegen hat der Käufer die Pflicht, das Nichtvorhandensein von Fehlern, welche an der Probe ihrer Kleinheit wegen nicht entdeckt werden können und erfahrungsmäßig häufig vorkommen, ausdrücklich auszubedingen, wenn er ihretwegen Probewidrigkeit vorschützen will, während sich der Verkäufer sonst auf die Heimlichkeit der Mängel der Probe nicht berufen darf, auch wenn er selbst gutgläubig ist (RG. 20, 39). Im ganzen genommen bleibt es immer eine nach § 157 BGB. zu beurteilende Tatfrage, ob eine vollkommene oder nur eine annähernde Übereinstimmung mit der Probe gewollt war (s. RG. im Recht 03, 17[15]). **Wird nicht probegemäß geliefert**, dann entstehen die Rechtsfolgen, wie sonst, wenn die verabredete Eigenschaft (ein dictum et promissum) nicht gewährt ist (ROHG. 9, 24). Die Rechtsfolgen sind zu § 377 Anm. 39ff. und hinsichtlich der Pflicht sofortiger Mängelrüge zu § 377 Anm. 1, 41 u. 44 erörtert. Besonders aber ist hervorzuheben, daß im Falle der Zusicherung einer Eigenschaft der Käufer einen besonderen Gewährleistungsanspruch, nämlich den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat (§§ 463, 480 BGB.; vgl. § 377 Anm. 51). Entspricht die Ware aber der Probe, so kann der Verkäufer nur noch für Arglist verantwortlich gemacht werden, weil die Haftung aus Zusicherung gegenstandslos geworden ist (RG. in ElsLothZ. 29, 406). Hatte die Probe einen **heimlichen Mangel**, so ist eine derartige einen heimlichen Mangel enthaltende Ware nicht vertragsmäßig (RG. 20, 39); es wäre denn, daß der Käufer als Sachverständiger wissen muß, daß ein gewisser heimlicher Mangel bei derartiger Ware häufig vorkommt. Dann erfordert die gehörige Sorgfalt die Ausbedingung der Freiheit von solchen Mängeln.

Anm. 7.

4. **Die Beweislast.** Grundsatz ist hier, daß der Verkäufer zu beweisen hat, daß nicht nach Probe gekauft und daß, wenn ein Kauf nach Probe feststeht, der Probe gemäß geliefert ist.

a) **Daß nicht nach Probe gekauft ist, hat der Verkäufer zu beweisen** weil er behauptet, er brauche nicht nach Probe zu liefern. Die Frage beantwortet sich beim Spezieskauf und beim Gattungskauf gleich (a. M. ROHG. 2, 420 u. 6./7. Aufl.; vgl. aber unten Anm. 15

Digitized by Google

u. § 377 Anm. 125). Setzt der Käufer der Klage entgegen, es sei ein Kauf nach Probe abgeschlossen, so bestreitet er, daß der Kauf so geschlossen sei, daß der Verkäufer Ware mittlerer Güte zu liefern habe. Er bestreitet den Klagegrund. Der Verkäufer muß daher seine Behauptung beweisen, daß er seiner vertraglichen Pflicht durch Lieferung gewöhnlicher Gattungsware genügt und Qualitätsware daher nicht zu liefern braucht, daß also kein Kauf nach Probe abgeschlossen ist (ROHG. 2, 420; 13, 215; 14, 290; 15, 56). Man kann nicht sagen, der Kauf nach Probe sei nichts anderes als ein Kauf mit Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft, deren Ausbedingung der Käufer zu beweisen habe. Denn, auch wenn der Käufer die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft geltend macht, bestreitet er, daß der Verkäufer so erfüllen dürfe, wie dieser behauptet, und behaupten muß der Verkäufer, daß er gewöhnliche Ware liefern dürfe, um den Anspruch auf den Kaufpreis zu erlangen (hierüber § 377 Anm. 125 u. § 360 Anm. 9; dagegen 6./7. Aufl.; Planck § 494 Anm. 2; Düringer-Hachenburg III 184; Rosenberg Arch. f. ziv. Pr. 94, 134, wonach der Käufer beweisen soll, daß ein Kauf nach Probe vorliegt). Man kann die hier bekämpfte Meinung auch nicht mit der Erwägung vertreten, die Behauptung des Käufers stelle sich als Ausnahme von der Regel dar, nach welcher nur Ware mittlerer Güte zu liefern sei. Denn der Verkäufer gründet seinen Anspruch auf einen Vertrag, dessen ganzen Inhalt er, also auch hinsichtlich der von ihm zu liefernden Qualität, darzutun hat. Es kommen hier dieselben Grundsätze zur Anwendung wie in dem Falle, wenn der Käufer die Vereinbarung eines geringeren Preises geltend macht (hierüber Exk. vor § 373 Anm. 85). Ist eine Probe nicht nur vorgezeigt, sondern dem Käufer übergeben worden, so wird darin regelmäßig eine Vermutung für einen Kauf nach Probe enthalten sein (ROHG. 15, 171). Exk. zu § 382.

b) **Daß die Ware der Probe entspricht, hat, wenn feststeht, nach welcher Probe gekauft ist, der Verkäufer zu beweisen** (Bolze 19 Nr. 536, 538; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1679; ROHG. 11, 367), auch dann, wenn es sich um Rückzahlung des im voraus bezahlten Preises handelt (ROHG. 2, 179; 6, 327; 11, 367; 12, 7; JW. 95, 17[43]), ja auch dann, wenn es sich um selbständige Ansprüche aus der zurückgewiesenen Erfüllung handelt (ROHG. 11, 21). Diese ständige Praxis ist durchaus zutreffend, da der Verkäufer zu beweisen hat, daß er den Vertrag gehörig erfüllt hat (vgl. OLG. Jena ZHR. 38, 201 u. § 377 Anm. 126 f.). Nur wenn der Käufer die Ware angenommen hat und dann nicht als Erfüllung gelten lassen will, hat er die Probewidrigkeit zu beweisen (vgl. § 377 Anm. 128). Das wird z. B. bei nicht sofort erkennbarer Probewidrigkeit praktisch werden. Hat der Verkäufer dem Käufer eine Ausfallprobe übergeben — sei es auch nur auf nachträglichen Wunsch des Käufers — so hat der Käufer genug getan, wenn er dartut, daß die Ausfallprobe eine nicht vertragsmäßige Ware darstellt. Der Verkäufer muß dann beweisen, daß die Ware selbst von vertragsmäßiger Beschaffenheit ist (RG. 47, 129). Anm. 8.

Besondere Betrachtung verdient der Fall, daß die Probe nicht mehr vorhanden ist. Das ROHG. (9, 27 u. 23, 308) sagt: Ein Kontrahent, der als Inhaber der Probe dieselbe vor Erledigung der Frage nach der Probegemäßheit absichtlich oder fahrlässigerweise abhanden kommen oder unbrauchbar werden läßt, bürdet sich die Beweislast auf. Das RG. (11, 36) wiederum begünstigt mehr die Lage des Käufers und sagt: Der Käufer, der die Probe verbraucht, bürde sich die Beweislast nur auf, wenn aus den Umständen des Falles eine Verpflichtung des Käufers zur Aufbewahrung der Probe hervorgehe, was anzunehmen sein werde, wenn die Probe erst bei oder nach Abschluß des Kaufs, nicht aber ohne weiteres, wenn sie schon während der Verhandlungen über den Kaufabschluß dem Käufer ausgehändigt worden, oder wenn sie ihm zur Probe fest verkauft ist (so auch RG. im SächsA. 5, 462 u. HessRpr. 5, 129). Auch dann ist der Verkäufer beweisfällig, wenn er mit Einverständnis des Käufers die Probe einem Dritten ausgehändigt hat, bei dem sie verloren gegangen ist, wenn nunmehr der Verkäufer die Probemäßigkeit nicht mehr beweisen kann (Bolze 19 Nr. 536). Wer von beiden Teilen auch die Probe in seinem Gewahrsam behält, immer entspricht es Treu und Glauben im Handelsverkehr, daß man vor ausgemachter Sache nichts tut, weder Anm. 9.

Digitized by Google

Exk. zu § 382. absichtlich, noch aus Fahrlässigkeit, um dem Gegner den zu führenden Beweis unmöglich zu machen, hierüber § 377 Anm. 127. Ist Niemand schuld, daß die Probe nicht mehr vorhanden ist, so trifft den der Nachteil, der die Beweislast hat. Hiernach stellt sich die Sache wie folgt: sollte der Käufer die Probe aufbewahren, und kann er sie nicht mehr beibringen, auch die Beschaffenheit der Probe nicht auf andere Weise als durch Vorlegung der Probe dartun (RG. 29, 88; OLG. Karlsruhe ZHR. 38, 201), so kann er nicht darlegen, nach welcher Probe gekauft ist, d. h. welche Eigenschaften der Verkäufer zugesichert hat (oben Anm. 7). Der Käufer ist dann beweisfällig, weil sich die Beweislast umgedreht hat. Denn der Verkäufer muß beweisen, daß nicht nach Probe gekauft ist, wenn er nicht nach Probe liefern will. Diesen Beweis hat ihm der Käufer schuldhaft unmöglich gemacht (§ 377 Anm. 127). Die Behauptung des Verkäufers gilt als wahr, weil der Käufer sie aus eigener Schuld nicht widerlegen kann (vgl. RG. 60, 152); mit anderen Worten: die Beweislast hat sich umgekehrt. Hat der Verkäufer die Probe erhalten oder behalten — steht also ein Kauf nach Probe fest — und kann er die Probe ohne seine Schuld nicht beibringen, die Beschaffenheit der Probe auch nicht anderweitig dartun, so kann er nicht beweisen, nach welcher Probe er verkauft hat; er ist beweisfällig (a. M. 6./7. Aufl., die den Käufer für beweispflichtig und beweisfällig erachtet). Kann der Verkäufer schuldhafterweise die Vorlegung der Probe nicht bewirken, so ist dieselbe Beantwortung um so sicherer, d. h. er ist beweisfällig.

Anm. 10. c) **Der Beweis der Identität der vorgelegten Probe** ist vom Verkäufer zu führen. Denn der Verkäufer hat die Probemäßigkeit in seiner Klage zu behaupten und daher auch zu beweisen (ROHG. 6, 339; 12, 9; Bolze 10 Nr. 461; Planck § 494 Anm. 3; a. M. 6./7. Aufl.). Dem Käufer kann nicht der Beweis der Probewidrigkeit zugemutet werden. Der Verkäufer muß also, wenn er die Identität der Probe bestreitet und eine Verwechslung oder Veränderung der Probe behauptet, dafür die Beweislast übernehmen. Ebenso hat der Verkäufer die Identität der von ihm gelieferten Ware zu beweisen; er muß also, wenn er die Identität bekämpft, dem Beklagten einen Betrug oder die Verwechslung nachweisen (ROHG. 6, 336 ff.; 12, 9). Der Verkäufer kann also nicht mit einem bloßen Bestreiten der Identität auskommen (a. M. 6./7. Aufl.). Er muß, wenn er die Identität der vom Käufer vorgelegten Probe bestreitet, zugleich Beweis für die Nichtidentität antreten. Legt der Verkäufer die Probe vor, so muß er bei Bestreiten den Beweis der Identität führen; nicht hat aber der Käufer zu beweisen, daß die Probe nicht identisch ist. Die gegenteilige Ansicht der 6./7. Auflage war eine Folge der oben Anm. 7 wie auch in § 360 Anm. 9 u. § 377 Anm. 124 aufgegebenen Theorie von der Verteilung des Beweises im Fall der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache.

Anm. 11. **Zusatz. Über das rechtliche Schicksal der Probe**, ob sie als Teil der Erfüllung anzusehen ist, ist nichts gesagt. Es ist anzunehmen, daß im Zweifel die Probe nicht als Teil der Erfüllung anzusehen ist. Die Probe hat ihre besonderen Zwecke. Die Probe wird nicht gekauft, sondern übergeben, um festzustellen, ob gekauft werden soll, und ob das Gelieferte mit dem Gekauften übereinstimmt. Insbesondere wird dies gelten müssen, wenn das Probieren durch Verbrauch erfolgt. Hiernach kann der Verkäufer nicht verlangen, daß der Käufer die Probe auf die Erfüllung sich anrechnen lasse oder besonders bezahle (Bolze 5 Nr. 474 b: im überseeischen Verkehr brauchen die Proben nicht zurückgegeben zu werden).

II. Der Kauf auf Probe.

Anm. 12. A. **Die maßgebenden Gesetzesvorschriften** sind die §§ 495—496 BGB. Diese lauten:

§ 495 BGB. Bei einem Kaufe auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.

§ 496 BGB. Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum

Digitized by Google

Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung. Exk. zu § 382.

Lit.: Fitting ArchZivPr. 46, 11; Muskat, Gruch. 48, 205; 49, 472.

B. **Die Begriffsbestimmung des Kaufs auf Probe.** Anm. 13.

Es ist ein Kaufvertrag, welcher unter der in dem Willen des Käufers liegenden Bedingung geschlossen ist, daß der Käufer die Ware besehen oder prüfen und genehmigen werde.

1. **Ein Kaufvertrag.** Es liegt also ein Vertragsverhältnis vor, nicht nur ein Vertragsantrag (ROHG. 7, 322). Zwar ist nur der eine Teil, der Verkäufer, gebunden, aber der Unterschied von dem bindenden Vertragsantrag liegt darin, daß die einseitige Bindung auf einem Vertrage beruht, inhalts dessen sich auch der andere Teil zu erklären verpflichtet zur Vermeidung bestimmter Rechtsfolgen. So hat denn auch der Käufer schon vor seiner Erklärung Vertragspflichten, insbesondere die der Erhaltung der Ware (OLG. Braunschweig, Braunschw. Z. 05, 68; vgl. Dernberg, Preuß. Privatr. II § 153), und der Verkäufer ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 495 Abs. 2 BGB. verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung der Ware zu gestatten.

2. **Die in dem Willen des Käufers stehende Bedingung der Prüfung und Genehmigung** ist das Merkmal, das diesem Kaufvertrage das unterscheidende Gepräge gibt. Dies ist dahin zu verstehen, daß es rein in der Willkür des Käufers liegt, ob er besichtigen, prüfen und genehmigen will. Kauf nach Belieben wäre die richtigere Bezeichnung. Wohl zu unterscheiden von diesem Kaufe ist der, bei dem sich der Käufer das Recht zu prüfen und zu genehmigen in dem Sinne vorbehält, daß er zu dieser Prüfung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist und ferner verpflichtet ist, bei günstigem Ergebnis der Prüfung zu genehmigen. Einen Kauf letzterer Art hat das ROHG. (14, 204) in der Abmachung erblickt, daß der Käufer die Ware zurückgeben dürfe, wenn sie seinen Kunden nicht zusagt, und hat angenommen, daß für eine solche Abrede der Käufer die Beweislast habe. Sehr häufig wird eine größere Quantität Ware bestellt mit der Bitte um eine Probesendung, von deren Ausfall es abhängt, ob das übrige nachgeliefert werden soll oder nicht. Hier liegt ebenfalls ein solcher Kauf vor, den das ROHG. im Sinne hat, mit der unwesentlichen Veränderung, daß die Prüfung der Qualität an der Hand einer Sendung erfolgen muß zur Vermeidung von Transportkosten. Es kann darin aber auch eine Verbindung von Kauf zur Probe, auf Probe und nach Probe liegen. Hierüber unten Anm. 27. Als eine Art des Kaufs auf Probe erscheint das buchhändlerische Konditions- oder Novitätengeschäft (Förtsch Anm. 3 zu Art. 338). Ist ein Patent unter der aufschiebenden Bedingung der Erprobung verkauft, so hat die Übergabe der Patenturkunde nicht die Bedeutung, daß im Schweigen Billigung liegt, weil die Patenturkunde nicht als Kaufsache betrachtet werden kann (Exk. vor § 373 Anm. 5; vgl. RG. 20, 129; 26, 44). Es kommt lediglich darauf an, ob und wann der Kauf nach dem Verhalten des Käufers zu einem unbedingten geworden ist. Ein Kauf auf Probe liegt jedenfalls nicht vor, wenn der Käufer nur für den Fall, daß die gelieferte Maschine den bedungenen Anforderungen nicht entsprechen werde, berechtigt sein soll, die Abnahme abzulehnen. Anm. 14

3. **Die Feststellung, ob Kauf auf Probe vorliegt,** erfolgt nach §§ 133 u. 157 BGB. Die gebrauchten Worte entscheiden nicht unbedingt. Im Handelsverkehr wird oft das ungenaue Wort: „probeweise" oder „Probesendung" gebraucht, oder „Wir wollen es einmal mit 10 Dutzend probieren". Oft werden sogar die Ausdrücke „auf Probe" oder „zur Probe" verwechselt, weshalb die Wahl des Ausdrucks „auf Probe" nicht unbedingt für und die Ausdrucksweise „zur Probe" nicht unbedingt gegen das Vorliegen eines Kaufs auf Probe entscheidet (ROHG. 2, 188). Auch andere Ausdrücke kommen vor, z. B. auf Kosten, zur Ansicht (hierüber § 377 Anm. 201). Ist auf „Nachziehen" oder auf „Nachstechen" gekauft, so muß der Käufer eine Probe ziehen, und es soll der Kauf erst abgeschlossen sein, wenn er die gezogene Probe genehmigt; das ist kein Kauf auf Probe (Zander bei Gruch. 49, 582). Ebenso Anm. 15.

Digitized by Google

Exk. zu § 382. verhält es sich, wenn dem Käufer freigestellt wird, nicht Zusagendes zurückzugeben (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 365) oder umzutauschen. Die Umtauschabrede hat keine bindende Kraft, weil es an einer Vereinbarung über die zu gebende Ware und deren Preis fehlt (StrA. 77, 307; Dernburg, Preuß. Privatr. II § 153 Anm. 2). Ein bloßer Kauf auf Umtausch hat aber nicht immer diese Bedeutung, sondern es ist meist ein Kaufvertrag, geschlossen unter der auflösenden Bedingung des künftigen Abschlusses eines andern Kaufs über Waren des Verkäufers um mindestens denselben Preis (LG. Dresden; SächsA. 7, 218). Das Recht jederzeitigen Umtausches kann aber auch so gemeint sein, daß dem Käufer nur eine angemessene Frist zur Prüfung des Empfangenen eingeräumt sein soll (Dresden OLGR. 8, 56). Über Auswahlsendungen und Auswahlbestellungen siehe § 377 Anm. 201. Die Beweislast regelt sich wie immer bei der Behauptung einer Bedingung; der Verkäufer hat den unbedingten Kauf zu beweisen, das Einwenden eines Kaufs auf Probe ist Leugnen des Klagegrundes (ROHG. 4, 127; 12, 202; a. M. 6./7. Aufl.; vgl. dort auch allg. Einl. Anm. 57). Wegen der Beweislast bei Einwenden einer auflösenden Bedingung s. folg. Anm.

Anm. 16. C. **Die für den Kauf auf Probe geltenden Vorschriften.**

1. **Die Bedingung der willkürlichen Prüfung und Genehmigung ist im Zweifel eine aufschiebende** (§ 495 BGB.), aber nur im „Zweifel". Es bleibt den Parteien unbenommen, das willkürliche Prüfungs- und Genehmigungsrecht auch als auflösende Bedingung zu vereinbaren. Doch muß, daß dies vereinbart ist, klar erhellen oder von dem, der es behauptet, bewiesen werden (ROHG. 7, 38; Rosenberg ArchZivPr. 94, 117). Eine auflösende Bedingung wird z. B. anzunehmen sein, wenn dem Käufer der Gebrauch der Sache in größerem Umfange gestattet wird, als zur Prüfung erforderlich ist, oder wenn der Kaufpreis vor der verabredeten Probefrist zu zahlen ist. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung zu gestatten. Der Inhalt dieser Verpflichtung ist in jedem einzelnen Falle festzustellen. Ist zum Zwecke der Untersuchung die Vornahme einer Probe erforderlich, so ist diese zu gestatten, z. B. Probereiten eines Pferdes, Dreschprobe einer Dreschmaschine. Ist ein teilweiser Verbrauch erforderlich, so ist auch dieser zu gestatten. Kann die ordnungsmäßige Untersuchung nur in den Räumen des Käufers erfolgen, so hat der Verkäufer die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe zu übergeben. Die Erfüllung der Pflicht zur Gestattung der Untersuchung ist nach § 888 CPO. erzwingbar und die Nichterfüllung macht den Verkäufer nach allgemeinen Grundsätzen (§ 347 Anm. 11) ersatzpflichtig (Planck § 495 Anm. 4).

Anm. 17. 2. **Die Genehmigung ist die Bedingung der Gebundenheit des Käufers.** Damit diese Bedingung nicht ewig schwebt, gibt das Gesetz in den §§ 495 u. 496 BGB. Vorschriften über das Verhalten des Käufers und über die Rechtsfolgen dieses Verhaltens. Dabei gelten für zwei verschiedene Fälle zum Teil verschiedene Grundsätze: das sind die beiden Fälle der erfolgten Übergabe der Ware und der nicht erfolgten Übergabe. Das Gesetz behandelt zunächst den letzteren Fall und schließt hieran in § 496 Satz 2 das an, was für den ersteren Fall abweichend gilt. Indessen ist der Fall, daß die auf Probe gekaufte Ware zum Zwecke der Besichtigung und Prüfung übergeben wird, der häufigere.

Anm. 18. a) **Die Ware ist zum Zwecke der Besichtigung oder Probe übergeben.**

α) Vorausgesetzt ist eine Übergabe lediglich zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung. Der Fall liegt nicht vor, wenn die Ware zu anderen Zwecken oder auch zu anderen Zwecken, etwa zur Lagerung oder als Pfand übergeben ist (OLG. Zweibrücken ZHR. 38, 178). Wenn in solchem Falle der Käufer nach Ablauf der Frist nicht erklärt, daß er die Ware nicht behalten will, so ist das kein sicheres Zeichen dafür, daß er sie kaufen wolle, da er sie aus anderen Rechtsgründen behalten darf. Wohl aber liegt der Fall vor, wenn der Käufer nach § 369 zurückbehalten will, was an sich zulässig ist (§ 369 Anm. 42). Denn auch in diesem Falle hat er die Pflicht der Benachrichtigung (§ 371). Daß die Ware, wenn überhaupt der Kauf auf Probe feststeht, zu anderem Zwecke als zum

Digitized by Google

Zwecke der Prüfung übergeben wurde, wird nicht vermutet; daher hat der Verkäufer in solchem Falle nicht zu beweisen, daß sie lediglich zum Zwecke der Prüfung übergeben wurde. Exk. zu § 382.

β) Der hier maßgebende Rechtssatz lautet: Aus dem bedingten Kaufvertrage wird ein unbedingter, wenn der Käufer bis nach Ablauf der Frist oder auf die fristmäßige Aufforderung des Verkäufers die Ware genehmigt. Die Frist ist in erster Linie eine verabredete (nicht gerade kalendermäßige, ROHG. 25, 118). Das frühere HGB. hatte in Art. 339 neben die vereinbarte die ortsgebräuchliche Frist gesetzt. Besteht eine solche, so wird sie in der Regel als stillschweigend vereinbart anzusehen sein (§ 157 BGB.). Wenn keine Frist solcher Art vorliegt, ist der Verkäufer berechtigt, nach angemessener, d. h. zur Prüfung ausreichender Frist, den Käufer zur Erklärung aufzufordern. Für diese Aufforderung gibt es keine besondere Form. In der Aufforderung, die Ware zu bezahlen, und selbst in Übersendung der Faktura, kann die Aufforderung zur Erklärung, ob er die Ware behalten wolle, gefunden werden (Bolze 1 Nr. 1080). Die Aufforderung muß dem Käufer zukommen (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 79). Der Verkäufer trägt die Gefahr. Selbstverständlich hat er das Aufforderungsschreiben zu frankieren. Letzteres beruht auf einem allgemeinen Handelsgebrauch, nach dem im Handelsverkehr franko gegen franko Briefe gewechselt werden. Als Genehmigung gilt jedes Verhalten des Käufers, aus welchem sich ergibt, daß er sich entschlossen hat, die Ware zu behalten und als sein eigen zu betrachten: Verfügung über die Ware, insbesondere Verbrauch einer Menge, die größer ist, als zur Prüfung erforderlich; Zahlung ohne Vorbehalt usw. Als Genehmigung gilt aber bei dem hier vorliegenden Fall der Übergabe auch schon das Stillschweigen. Es genügt nicht, daß die Erklärung bis zum Ablauf der Frist abgesandt wird. Sie muß vielmehr dem Verkäufer innerhalb der Frist zukommen. Sonst gilt der Käufer als schweigend (Planck § 495 Anm. 3; Hamburg OLGR. 3, 207). Daß die Vornahme einer eingehenden Prüfung ohne Verschulden des Käufers innerhalb der Frist unmöglich war, ist bei verabredeter Frist gleichgültig; nur ein Verschulden des Verkäufers bewirkt Fristverlängerung (Hahn § 12 zu Art. 339). Des ferneren gilt als Genehmigung Stillschweigen auf die Aufforderung des Verkäufers. Die Aufforderung kann in jeder Form geschehen. Auch in der Klagezustellung kann sie liegen. Wenn sie durch einen Bevollmächtigten geschieht, so muß dieser die Vollmacht mit vorlegen, widrigenfalls die Aufforderung ihre Kraft verliert, wenn der Käufer sie unverzüglich zurückweist (§ 174 BGB.). Sie muß sofort geschehen, aber sie muß dem Käufer eine angemessene Zeit zur Prüfung lassen, d. h. die zur Prüfung ausreichende Zeit ist die Mindestfrist; über längere Frist kann der Käufer sich nicht beklagen. Wenn sie zu kurz ist, so muß er dies dem Verkäufer mitteilen; sonst gilt in der Regel die vom Verkäufer gestellte Frist, auch wenn sie zu kurz sein sollte (hierüber Näheres Exk. zu § 374 Anm. 87ff.). Gründe für die Ablehnung braucht der Käufer nicht anzugeben; auch wenn er nicht geprüft hat, ist die Ablehnung gültig (ROHG. 7, 322). Als Ablehnung mit Antrag auf Abschluß eines neuen Kaufs auf Probe ist es zu erachten, wenn der Käufer bedingt genehmigt oder um Fristverlängerung bittet (OLG. Braunschweig ZHR. 38, 197). — Den Beweis für das genehmigende Verhalten hat der Verkäufer zu führen (OLG. Braunschweig ZHR. 38, 198), doch nur wenn er den Kaufpreis einklagt. Den Käufer trifft die Beweislast, wenn er den Kaufabschluß behauptet und daraus Rechte herleitet. Anders Thoel § 259 Nr. III, der nur bei Nichtübergabe der Ware, weil dort die rechtzeitige zustimmende Erklärung den Kauf zustande bringe, den Beweis der letzteren verlangt, während er bei Übergabe der Ware, weil hier das Schweigen Zustimmung bedeute, nur den Gegenbeweis einer rechtzeitigen ablehnenden Erklärung fordert. Allein auch im letzteren Falle gehört es zum Klagegrunde, daß der Käufer bis zum Fristablauf geschwiegen habe. Warum sollte diese zum Klagegrunde gehörige Tatsache vom Beweise frei sein? Daß sie auf den Beweis einer Negative hinausläuft, ist der heutigen Jurisprudenz gleichgültig (zust. Förtsch Anm. 7 zu Art. 339; Dernburg II 2 § 193 VI Anm. 8 will dem Käufer den Beweis für seine Mißbilligung auferlegen. Richtig ist daran, daß Anm. 19.

Digitized by Google

Erl. zu § 382. der Verkäufer sich tatsächlich regelmäßig auf die Behauptung beschränken kann, es sei ihm keine Mißbilligung innerhalb der Frist zugekommen). — Die Benutzung der Ware nach erklärter Ablehnung macht nur schadensersatzpflichtig, ist nicht Rücknahme der ablehnenden Erklärung (OLG. Frankfurt ZHR. 38, 199).

Anm. 20. b) **Ist die Ware nicht übergeben** oder nicht lediglich zum Zwecke der Prüfung übergeben, dann wird der bedingte Kauf ein unbedingter, wenn der Käufer innerhalb der verabredeten oder ihm gesetzten angemessenen Frist genehmigt. Der Unterschied von dem Fall der Übergabe ist der, daß das Stillschweigen hier Nichtgenehmigung, dort Genehmigung bedeutet. Im übrigen gilt für diesen Fall und für die hier vorkommenden Begriffe das gleiche, wie oben Anm. 19. Insbesondere genügt es auch hier nicht, daß die Billigungserklärung innerhalb der Frist oder auch so rechtzeitig abgesandt ist, daß sie bei ordnungsmäßiger Beförderung angekommen wäre, woran auch der Umstand nichts ändert, daß der Verkäufer die rechtzeitige Absendung erkennen konnte oder gar erkannt hat. Dagegen liegt in der verspäteten Billigungserklärung ein Vertragsantrag; § 150 BGB. findet also entsprechende Anwendung.

Anm. 21. **Zusatz 1. Die Genehmigung hat auch zur Folge, daß die durch Probe erkennbar werdenden Mängel nicht mehr gerügt werden können.** Verborgene Mängel aber kann der Käufer rügen (vgl. oben Anm. 6 am Ende). Nur wird sich die Beweislast umkehren: in der Übergabe zum Zwecke der Probe liegt zugleich eine vorausgenommene Übergabe zur Erfüllung, in der Billigung die Annahme als Erfüllung. In solchem Falle hat nach § 363 BGB. der Käufer die Beweislast, daß die Ware den behaupteten Mangel hat (vgl. § 377 Anm. 128).

Anm. 22. **Zusatz 2.** Ob **Kosten**, die dem Käufer durch die Übersendung und die Aufbewahrung der Probe (Fracht- und Lagerspesen) erwachsen sind, dem Verkäufer zur Last fallen, darüber entscheidet nach ROHG. 24, 48 die Absicht der Parteien im Einzelfall. Wenn der Parteiwille aber nicht klar ist, also im Zweifel, muß angenommen werden, daß die Kosten der Probe dem probierenden Käufer zur Last fallen. Es liegt gar kein Anlaß vor, weshalb man die Kosten der Probe, die der Käufer sich vertragsmäßig ausbedungen hat, um in seinem Interesse sich schlüssig zu machen, ob er die Ware behalten wolle, dem Verkäufer auferlegen sollte. Die Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin bezeugen einen Handelsgebrauch dahin, daß das Porto für die Rücksendung von Auswahlsendungen, die auswärtige Kaufleute aus Berlin kommen lassen, von den ersteren zu tragen sind (KGBl. 94, 87). Aus § 495 Abs. 2 BGB. ergibt sich nichts Gegenteiliges. Dieser Paragraph sagt nur, daß der Verkäufer dem Käufer die Untersuchung zu gestatten habe, also ein rein passives Verhalten ist ihm hier zur Pflicht gemacht. Andererseits braucht der Käufer auch für die Vorteile, die der Probegebrauch für ihn im Gefolge hat, dem Verkäufer keine Vergütung zu gewähren (StrA. 86, 222; Förtsch Art. 339 Anm. 6).

Anm. 23. **Zusatz 3. Die Gefahr** geht im Regelfalle, also wenn der Kauf aufschiebend bedingt ist, erst mit dem Eintritt der Bedingung auf den Käufer über (§ 158 Abs. 2 BGB.), bei der auflösenden Bedingung mit der Übergabe (§ 446 BGB.; Planck § 446 Anm. c).

III. Der Kauf zur Probe.

Anm. 24. 1. Der frühere Art. 341 bestimmte: Ein Kauf zur Probe ist ein unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes. Die Vorschrift ist als bedeutungslos weggefallen.

Anm. 25. 2. Für die zu gewährende Qualität ist beim Kauf zur Probe § 360 maßgebend: es ist Ware mittlerer Art und Güte zu liefern, wenn nichts anderes vereinbart wird (Bolze 9 Nr. 388).

Anm. 26. 3. Daß der Ausdruck „zur Probe" nicht unbedingt für die Annahme eines Kaufs zur Probe entscheidet, zumal gerade die Begriffe auf Probe und zur Probe im Verkehr nicht immer scharf auseinandergehalten werden, hebt das ROHG. (2, 188) hervor.

Anm. 27. 4. Der Kauf zur Probe kann auch mit dem Kauf auf Probe und nach Probe verbunden sein. Es kann eine größere Quantität derart bestellt werden, daß der erste Posten zur Probe, der Rest auf Probe bestellt ist und in Gemäßheit der ersten zur Probe gestellten

Digitized by Google

Ware, also nach Probe geliefert werden muß, wenn der Rest seitens des Käufers genehmigt wird. Mit anderen Worten: die Ware, die für das erste Geschäft Kaufgegenstand ist, soll nicht ohne weiteres für das zweite Geschäft derselben Parteien die Stelle der Probe einnehmen, wie dies in RG. 11, 39 der Fall war (vgl. oben Anm. 14), sondern es kann eine Quantität unbedingt (d. h. zur Probe) gekauft und zugleich der Kauf über ein weiteres Quantum derselben Ware von der Bedingung abhängig gemacht werden, daß der Käufer die unbedingt (d. h. zur Probe) gekaufte Ware billige; dieser zweite Kauf ist somit ein bedingter Kauf (Kauf auf Probe). Diese Verbindung ist aber nicht schon dann vorhanden, wenn der Käufer eine bestimmte Quantität zur Probe bestellt und dabei erklärt, wenn sie so ausfallen werde, daß er sie behalten könne, dann würde er weitere Bestellungen machen. Denn es fehlt dann hinsichtlich der weiteren Quantitäten an der Bestimmtheit. Das erwähnte Zusammentreffen ist aber z. B. vorhanden, wenn 4 Zentner Hopfen zur Probe unter der Bedingung gekauft sind, es müßten weitere 26 Zentner zu demselben Preise geliefert werden, nachdem sich der Käufer mit der Qualität der 4 Zentner einverstanden erklärt habe. Der letztere Kauf ist dann ein bedingter Kauf auf Probe. Exk. zu § 382.

IV. Die Übersendung der Ware.

1. **Hat der Verkäufer von Gesetzes wegen eine Übersendungspflicht?** Von Gesetzes wegen nicht. Insbesondere folgt eine solche Pflicht nicht aus § 447 BGB. (Bolze 19 Nr. 560; D. 229). Aber häufig beruht sie auf Handelsgebrauch, sowohl bei Platzgeschäften (Exk. zu § 372 Anm. 47), als auch bei Distanzgeschäften (über den Übersendungskauf s. § 379 Anm. 2 ff.). Bei den letzteren insbesondere besteht ein von der Rechtsprechung seit langem bezeugter Handelsgebrauch, daß der Verkäufer die Verpflichtung hat, die Ware dem Käufer an seinen Wohnsitz oder an seine gewerbliche Handelsniederlassung oder an den sonstigen von diesem angegebenen Bestimmungsort zu übersenden und ihm dort Gelegenheit zu geben, die Ware zu prüfen und abzunehmen (vgl. über diesen Handelsgebrauch Anm. 46 im Exk. zu § 372; ferner ROHG. 18, 321; RG. 34, 66). Diese Übersendungspflicht besteht bei allen Waren; auch bei solchen, deren Versendung Mühe und Schwierigkeiten verursacht (Glaswaren, Maschinen). Wo eine Übersendungspflicht nicht bestehen soll, da müßte ein besonderer Handelsgebrauch nach dieser einschränkenden Richtung festgestellt oder die Abweichung vereinbart werden. Die Übersendungspflicht besteht aber nicht darin, daß der Verkäufer die Ware dem Käufer ins Haus, in die Fabrik, in die Handelsniederlassung zu senden hat. Vielmehr genügt es, wenn der Verkäufer die Ware an diesen Ort sendet und ihm dort (auf der Bahn oder bei einem Spediteur oder bei einem Geschäftsfreunde) ohne weitere Schwierigkeiten Gelegenheit gibt, die Ware zu prüfen und nach erfolgter Prüfung abzunehmen. Auch braucht der Verkäufer keine außergewöhnlichen Anstrengungen zu machen, um Transportmittel zu besorgen, z. B. bei ungewöhnlichem Wagenmangel muß der Käufer die Wagen besorgen (ROHG. 10, 293). Anm. 28.

Daß sich durch diese Übersendungspflicht der Erfüllungsort für den Verkäufer nicht ändert, wohl aber nach gewisser Hinsicht der Erfüllungsort für den Käufer, s. Exk. zu § 372 Anm. 42. Anm. 29.

2. **Über die Art, wie der Verkäufer die ihm durch Vertrag oder Handelsgebrauch obliegende Übersendungspflicht zu erfüllen hat, fehlt ebenfalls eine Bestimmung.** Der Art. 344 des früheren HGB. bestimmte, daß, wenn der Käufer über die Art der Übersendung nichts bestimmt hatte, der Verkäufer für beauftragt galt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Ware besorgt oder ausgeführt werden soll. Diese Vorschrift ist jetzt als selbstverständlich weggefallen (D. 229). Das gleiche ist also auch jetzt Rechtens, nur daß der Verkäufer, wenn er nicht Kaufmann ist, nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beobachten hat, sondern die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 347 HGB.; § 276 BGB.). Doch gilt das nur in dem Falle, in dem der Verkäufer an seinem Wohnsitz erfüllt und die Übersendung ihm als Nebenverpflichtung obliegt. Erfüllt der Verkäufer erst am Bestimmungs- Anm. 30.

Digitized by Google

Erk. zu § 382. orte der Ware, so ist die Übersendung eine Sache, die den Verkäufer allein angeht (unten Anm. 46).

Es gilt nunmehr das folgende für alle Geschäfte, die eine Übersendung erheischen, und zwar selbst dann, wenn, wie bei Platzgeschäften, die Übersendung Nebenverpflichtung ist; sei es, daß Übersendung durch die Post oder durch Boten erfolgen soll. Dies alles gilt auch dann, wenn vom Verkäufer die Versendung freiwillig, auf Ersuchen oder aus Gefälligkeit übernommen worden ist (vgl. ROHG. 13, 325).

Anm. 31. **Welches sind hiernach die Verpflichtungen des Verkäufers hinsichtlich der Art der Übersendung?**

a) Zunächst entscheidet hierüber die Bestimmung des Käufers. Den Anweisungen des Käufers, auch nachträglichen, hat der Verkäufer Folge zu leisten (vgl. § 447 Abs. 2 BGB.). Nur außerordentliche Belästigungen sind dem Verkäufer nicht zuzumuten. Diese können z. B. mit der Anweisung verbunden sein, die Ware an verschiedene Kunden zu senden (ROHG. 18, 326; vgl. RG. 26, 107; JW. 90, 280[19]) oder vor der Versendung Proben zu schicken (JW. 97, 575[44]). Der Käufer kann auch verlangen, daß der Verkäufer nach einem andern Orte als nach seinem Wohnort sendet oder nach einem andern Orte, als an den die Ware vertragsmäßig zu senden ist. Der Bestimmungsort ist im allgemeinen des Käufers wegen vereinbart. Nur wenn ein dahingehender Vertragswille erkennbar ist, kann der Verkäufer dem Käufer das Recht streitig machen, eine vom Wortlaut des Vertrags abweichende Bestimmung zu treffen. Ein Fall dieser Art ist z. B. gegeben, wenn vereinbarungsgemäß die Ware eiligst an den dem Frachtführer oder Spediteur vom Käufer erst noch anzugebenden Ort zu senden ist (eine solche Vereinbarung ist zulässig; RG. 6, 60), der Verkäufer die dazu erforderlichen Vereinbarungen mit seinem Lieferanten und dem Frachtführer wegen Stellung der Waggons usw. getroffen hat, und nun der Käufer den Verkäufer anweist, die Ware nicht abzusenden, sondern weitere Verfügung abzuwarten; dieser Weisung braucht der Verkäufer keine Folge zu geben. Denn der Sinn der Übersendungspflicht war der, daß der Verkäufer die Ware eiligst auf den Weg bringen solle, und der Käufer unter allen Umständen die Adresse angeben müsse; gibt er die Adresse nicht an, so kann der Verkäufer die Ware an den Wohnort des Käufers senden, wenn er dem Käufer die Möglichkeit sichert, unterwegs noch über die Ware zu verfügen (vgl. RG. in LZ. 07; vgl. auch JW. 99, 261[15]).

Anm. 32. b) **In Ermangelung einer Bestimmung des Käufers gilt der Verkäufer als beauftragt, statt seiner Bestimmung zu treffen.**

α) Damit ist kein Auftrag im Sinne eines juristischen Auftrags gemeint. Vielmehr soll damit nur gesagt sein, daß der Kaufvertrag die stillschweigende Vereinbarung enthält, daß der Verkäufer die Bestimmung über die Versendungsart zu treffen hat. Er ist also nicht als Beauftragter, der seinen Auftrag auch niederlegen könnte, auch nicht als Spediteur anzusehen, mit der Vergünstigung der kurzen Verjährung, sondern er handelt lediglich als Verkäufer und erfüllt seine Vertragspflichten (ROHG. 13, 143; 19, 245).

Anm. 33. β) Statt des Käufers hat er die Bestimmung zu treffen, d. h. möglichst in seinem Sinne und in seinem Interesse. Aber nicht etwa im Namen des Käufers. RG. 26, 106 erachtet den Verkäufer nicht für berechtigt, die erforderlichen Speditons- und Frachtverträge im Namen des Käufers abzuschließen, weil es allgemein üblich sei, daß der Lieferant in eigenem Namen sendet; doch könne nach dem erkennbaren Parteiwillen im Einzelfalle das Recht, im Namen des Käufers zu senden, angenommen werden (vgl. JW. 90, 280[19]). Anderer Meinung ist Hahn § 3 zu Art. 344, der dem Verkäufer das Recht gibt, nach seinem Ermessen im Namen des Käufers oder im eigenen Namen zu handeln. Jedenfalls ist er nicht verpflichtet, im Namen des Käufers den Frachtvertrag zu schließen und sich dadurch des Verfügungsrechts über die Ware bis zum beendigten Transport zu begeben (ROHG. 13, 326). Im Einverständnis mit dem Käufer darf er selbstverständlich in dessen Namen abschließen (RG. 26, 106). Schließt er aber auch in eigenem Namen ab, so hat ihm doch der Käufer die Kosten zu ersetzen; denn immer schließt er für Rechnung des Käufers ab; er erfüllt an

Digitized by Google

seinem Wohnsitze (§ 269 BGB.). An seinem Wohnsitze kann er nicht erfüllen, wenn sich aus der Natur des Geschäfts oder aus dem Parteiwillen ein anderes ergibt (unten Anm. 37; vgl. Exk. zu § 372 Anm. 28ff.). Hat der Verkäufer mit dem Spediteur oder Frachtführer ausdrücklich „für Rechnung des Käufers" abgeschlossen, so gilt dies als Abschluß im Namen des Käufers (vgl. Exk. zu § 58 Anm. 4). Exk. zu § 382.

γ) Der Inhalt der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung ist die Versendungsart, insbesondere die Verpackung und die Wahl des Spediteurs oder Frachtführers. Zur Versendungsart ist die Bestimmung darüber zu rechnen: ob die Ware als Poststück, als Frachtgut, als Eilgut, in bedecktem oder unbedecktem Wagen, ob durch Boten, per Schiff, per Achse, ob auf dieser oder jener Route, ob bei nassem oder trockenem Wetter, bei hoher oder niedriger Temperatur (Hahn § 1 zu Art. 344), ob in Leinwand oder Kisten gepackt, mit oder ohne Schloß usw., zu versenden ist. Insbesondere aber hat der Verkäufer die Person, die den Transport besorgt, d. h. den Spediteur, oder die Person, die ihn ausführt, d. h. den Frachtführer, sorgfältig zu wählen. Der so gewählte Spediteur oder Frachtführer wird damit Empfangsbevollmächtigter des Käufers (JW. 83, 124[34]; § 377 Anm. 16 u. 20). Der Verkäufer muß auch die kürzeste Beförderung namentlich mit Rücksicht auf solche Ware wählen, die, wie z. B. lebende Fische, dem Verderben ausgesetzt sind (ROHG. 19, 245). Unkenntnis der verschiedenen Wege entschuldigt nicht. Auch den billigsten Weg und die sicherste Beförderungsart muß er aussuchen. Unter besonderen Umständen ist es zu entschuldigen, wenn er die Ware in unbedecktem statt in bedecktem Wagen reisen ließ (ROHG. 3, 102). Anm. 34.

Mehr als die gehörige Versendung liegt ihm aber nicht ob: d. h. er hat die Ware nur in gehöriger Verpackung dem Spediteur oder Frachtführer zu überliefern; es trifft ihn keine Sorge für gehörige oder schützende Verladung durch den Frachtführer (ROHG. 3, 106; 13, 152); es wäre denn, daß er auch die Verladung übernommen hätte (weiteres unten Anm. 119). Die Beschränkung der Sorgfalt auf die gehörige Versendung enthebt den Verkäufer nicht der Pflicht, sich auch um das gehörige Abrollen der Ware und um deren Verbleib zu kümmern, wenn sie beim Adressaten nicht eintrifft (vgl. unten Anm. 38). Dagegen braucht der Verkäufer kein Risiko zu übernehmen, das ihn nach dem Inhalt des Kaufvertrags nicht trifft; z. B. braucht er nicht mit Begleitschein II zu versenden, obgleich er weiß, daß die Güter eine zollamtliche Behandlung zu erfahren haben (JW. 95, 16[42]). Anm. 35.

Die Verpflichtung, die Ware zu versichern, hat er, soweit sie üblich ist. Keineswegs braucht er ohne besondere Anweisung einen imaginären Gewinn zu versichern, sondern nur den wahren Wert (ROHG. 21, 171). Bei Übersendung von Wertpapieren in das Ausland genügt beim Fehlen bestimmter Vorschrift regelmäßig eingeschriebener Brief und Versicherung zum vollen Wert bei einem zuverlässigen Versicherungsunternehmen. Wurde zu niedrig versichert, so trifft im Falle eines Verlustes den Absender die Verantwortlichkeit nur in dem Umfang, in dem der Versicherer bei Versicherung des vollen Wertes hätte haften müssen (RG. 50, 170). Anm. 36.

δ) Von wo aus und wohin hat er die Versendung zu besorgen? Über beides ist hier nichts gesagt. Von wo aus? Im Zweifel vom Erfüllungsort (RG. 57, 140). Fehlt er hiergegen und leidet die Ware Schaden oder geht sie verloren, so muß sich der Verkäufer durch den Beweis befreien, daß der Schaden die Ware auch sonst getroffen hätte (ROHG. 16, 49). Wohin? Nicht immer an den Ort der Handelsniederlassung des Käufers, im Zweifel allerdings. Aber aus den Umständen kann das Gegenteil hervorgehen, kann mindestens so viel hervorgehen, daß der Verkäufer die Anweisung des Käufers abzuwarten oder einzuholen hat, z. B. wenn die Ware vom Großhändler zur Weiterveräußerung gekauft ist (ROHG. 18, 161). Vgl. auch oben Anm. 31. Anm. 37.

ε) Überall hat der Verkäufer sorgfältig zu verfahren, und zwar, wenn er Kaufmann ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347), sonst mit der im Ver- Anm. 38.

Digitized by Google

Exk. zu § 382.

kehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB.). Daß er diese Sorgfalt angewendet habe, hat er zu beweisen (ROHG. 15, 177; 16, 50). Bei der Beurteilung müssen auch die Verhältnisse am Ort und zur Zeit der Versendung berücksichtigt werden. Die in § 183 I 11 ALR. bestimmte stillschweigende Genehmigung der Übersendungsart, falls der Käufer auf die erste davon erhaltene Nachricht nicht mit der ersten abgehenden Post seine Mißbilligung erklärt, ist nicht übernommen. Aber die Umstände werden hier oft ein Gleiches ergeben. Weiß der Verkäufer, daß ein gehöriger Transport voraussichtlich auf Schwierigkeiten stoßen wird, so muß er sich um deren Behebung bemühen. Vernachlässigt er hierbei die erforderliche Umsicht, so kann er sich vor den Folgen durch den Nachweis schützen, daß der Schaden auch durch Aufwendung gehöriger Sorgfalt nicht verhütet worden wäre (ROHG. 15, 174; 16, 49). Auch wenn der Verkäufer mehr getan hat, als er zu tun verpflichtet war, muß er mit der gehörigen Sorgfalt verfahren. Hat z. B. der Verkäufer die Waggons beladen, weil sich der Käufer weigerte (vgl. oben Anm. 35), so ist der Käufer zwar in Annahmeverzug geraten; will der Verkäufer aber nicht nach § 373 verfahren sondern einstweilen die Waggons an Stelle des Käufers beladen, so muß er sie auch gehörig beladen. Werden die Waggons überladen, so daß Umladungskosten und Standgelder entstehen, so haftet der Käufer ungeachtet seines Annahmeverzugs dafür nicht (JW. 01, 725[19]; 06, 52[2]). Der Verkäufer kann sich durch den Nachweis, daß er die erforderliche Sorgfalt bei Auswahl seines Personals, das die Verladung, Verpackung oder Versendung zu besorgen hatte, nach § 831 BGB. beobachtet habe, nicht befreien (vgl. RG. 23, 95; JW. 89, 130[6]). Denn für sein Personal haftet er hier nach § 278 BGB.

Anm. 39. c) Verletzt der Verkäufer die ihm obliegenden Übersendungsverpflichtungen, so hat er jedenfalls dem Käufer den ihn hierdurch erwachsenden Schaden zu ersetzen. Das folgt aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, nach dem, wer die von ihm übernommenen Rechtspflichten schuldhaft verletzt, dem Berechtigten für Schadensersatz haftet (§ 347 Anm. 11). Für den Fall, daß der Verkäufer einer von dem Käufer erteilten Anweisung ohne dringenden Grund zuwider gehandelt hat, ist dies besonders gesagt (§ 447 Abs. 2 BGB.).

Anm. 40. Über diese letztere Vorschrift ist noch folgendes besonders zu bemerken:

Die Vorschrift schließt sich eng der Bestimmung an, wann im Falle der Übersendung der Ware die Gefahr auf den Käufer übergeht. Aber sie gehört in diesen Zusammenhang eigentlich nicht. Denn keineswegs sollte mit dieser Vorschrift gesagt sein, daß der Verkäufer in diesem Falle, wenn er gegen eine Übersendungsanweisung des Käufers verstößt, die Gefahr trägt. Er hat vielmehr nur den durch seine schuldhafte Zuwiderhandlung dem Käufer erwachsenen Schaden zu tragen. Im übrigen hat der Käufer die Gefahr auch in diesem Falle zu tragen. Einstehen für Verschulden und Tragen der Gefahr sind verschiedene Begriffe. Letzteres ist Einstehen für nicht verschuldetes Unglück (Hamburg OLGR. 2, 218). Beispiele: Der Verkäufer sendet die Ware anstatt mit dem ihm angewiesenen Schiffe A mit dem Schiffe B, es gehen aber beide unter: der Schaden trifft den Käufer. Oder es wird die in einem späteren, als dem vom Käufer angeordneten Zeitpunkte abgesandte Ware konfisziert, der Verkäufer weist aber nach, daß dieser Schaden auch bei Befolgung der Vorschrift des Käufers eingetreten wäre (oben Anm. 37 u. 38).

Der Verkäufer steht wohl für sein Personal ein, aber nicht für ein Verschulden des von ihm ausgewählten Frachtführers oder Spediteurs. Hier hat er nur die erforderliche Vorsicht in der Auswahl nach § 276 BGB. nachzuweisen (ROHG. 8, 13; OLG. Breslau, Recht 05, 342). Anders liegt die Sache, wenn der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht erst genügt, indem er die Ware an einer bestimmten Stelle niedergelegt hat (unten Anm. 46). Bedient er sich hierzu eines Spediteurs, so ist der Spediteur sein Gehilfe (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 46).

Anm. 41. Ein dringender Grund, von der Vorschrift des Käufers abzuweichen (§ 447 Abs. 2 BGB.), liegt vor, wenn der Käufer sich offenbar über die Fahrgelegenheit oder über die Größe der Gefahr irrt, oder wenn die Umstände sich geändert haben. Erscheint es tunlich,

Digitized by Google

so muß der Verkäufer sich vor der Absendung mit dem Käufer verständigen. Unterläßt er es trotzdem, so liegt keine dringende Veranlassung vor, von der Vorschrift abzuweichen (Hahn Art. 345 § 8). Exk. zu § 382.

Selbstverständlich hat der die Anordnung verletzende Verkäufer die Beweislast, sowohl dafür daß ein dringender Grund vorlag, als auch dafür daß der Schaden auch sonst eingetreten wäre (RG. im Recht 05, 280[1270]). Anm. 42.

Die Verpflichtung zum Schadensersatze besteht insbesondere in der Haftung für Verschlechterung und Untergang; insbesondere auch dann, wenn Verschlechterung und Untergang erst nach der Ankunft eintreten, und dies nur auf die Pflichtverletzung des Verkäufers bei der Übersendungsart zurückzuführen ist (ROHG. 23, 147). Anm. 43.

3. **Die Kosten der Versendung** trägt der Käufer (§ 448 Abs. 1 BGB.; unten Anm. 124). Anm. 44.

4. **Wann geht im Falle der Übersendung der Ware die Gefahr auf den Käufer über?** (Martinius ABürgR. 17, 50.) In dem Augenblicke, in dem der Verkäufer die gekaufte Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder sonst der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat (§ 447 Abs. 1 BGB.). Anm. 45.

a) Vorausgesetzt ist, daß der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die gekaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte versendet.

α) Eine Versendung muß erfolgen, und zwar an einen anderen Ort als den Erfüllungsort (vgl. § 379 Anm. 2ff.).

αα) Erfolgt keine Versendung, liegt ein Platzgeschäft vor, so geht die Gefahr nach § 446 BGB. mit der Übergabe auf den Käufer über, d. h. mit der körperlichen Übergabe oder mit der Ersatzübergabe, über die die Parteien im gegebenen Falle sich einigen (vgl. Exk. vor § 373 Anm. 56); beim Verkauf schwimmender Ware also mit Übergabe des Konnossements (RG. 52, 354; § 365 Anm. 10; § 366 Anm. 14). Aber auch beim Platzgeschäft greift der § 447 Abs. 1 BGB., also der Übergang der Gefahr im Augenblicke der Absendung, Platz, wenn auf Verlangen des Käufers oder nach Handelssitte die Versendung erfolgt, die Übergabe also auf diesem Wege bewirkt wird (Hamburg OLGR. 2, 218). Beim Gaslieferungsvertrag geht die Gefahr in dem Augenblick über, in dem das Gas in die Leitung des Abnehmers eintritt (Witthoff DJZ. 03, 149).

Im Falle des Verzuges in der Annahme geht die Gefahr mit dem Eintritte des Annahmeverzuges auf den Käufer über (§§ 324 Abs. 2, 300 Abs. 2 BGB.). Zur Bewirkung des Annahmeverzugs und zum Übergang der Gefahr genügt beim Gattungskauf noch nicht das Ausscheiden einer bestimmten Sache aus der Gattung, sondern es muß auch die ausgeschiedene Sache erkenntlich als eine ausgeschiedene dem Käufer tatsächlich angeboten sein (RG. 57, 404; vgl. Exk. vor § 373 Anm. 70). Eine allgemeine Bereitschaftserklärung ist sonach bedeutungslos. Ein wörtliches Anbieten genügt nur im Falle des § 295 BGB. (vgl. § 373 Anm. 11f.; Exk. zu § 374 Anm. 9). Dieses Anbieten muß die Kundgebung erhalten, daß gerade die bestimmte Sache für den Käufer ausgeschieden ist und zu seiner Verfügung steht. Der Untergang vor diesem Zeitpunkt trifft den Verkäufer. Läßt der Käufer seine Mitwirkung zur Leistung nach § 296 BGB. nicht eintreten, obgleich der hierzu bestimmte Kalendertag herangekommen ist, so gerät er damit allerdings in Annahmeverzug (§ 373 Anm. 12, vgl. § 374 Anm. 17); aber die Gefahr geht auch in diesem Fall erst auf den Käufer im Augenblick des Angebots einer bestimmten Sache und deren Ablehnung über (§ 373 Anm. 24; a. M. Dernburg II 1 § 76, 2a). Der Abnahmeverzug ist auf den Gefahrübergang regelmäßig ohne Einfluß (Exk. zu § 374 Anm. 166).

ββ) Das gleiche gilt, wenn zwar eine Absendung erfolgt, aber an den Ort, der der Erfüllungsort des Verkäufers ist. Das ergibt der § 447 Abs. 1 BGB. In diesem Falle ist die Versendung etwas, was den Käufer nichts angeht. Der Verkäufer hat in diesem Falle am Wohnsitze des Käufers oder an dem sonstigen Bestimmungsorte zu erfüllen. Die Versendung ist nicht als Nebenverpflichtung übernommen, sondern ist ein Anm. 46.

Digitized by Google

Ext. zu § 382. Teil der Hauptverpflichtung. Die Gefahr geht also in solchem Falle erst mit der Übergabe bzw. dem nach dem Willen der Parteien entsprechenden Übergabeersatz auf den Käufer über (vgl. oben Anm. 40; ein Beispiel Ext. zu § 374 Anm. 46).

Im Falle des Verzuges des Käufers in der Annahme der Ware geht die Gefahr mit dem Eintritte des Verzuges auf den Käufer über (§§ 324 Abs. 2, 300 Abs. 2 BGB.; vgl. hierüber oben Anm. 45).

Anm. 47. γγ) Erfolgt die Versendung an einen anderen Ort, als den Erfüllungsort, so ist es für den Übergang der Gefahr gleichgültig, ob die Versendung an den Käufer oder an eine andere Person auf seine Anweisung erfolgt. Die Firma J. Meyer zu Berlin kauft z. B. Waren von der Firma Alexander Schulze in Breslau und weist diese an, die gekaufte Ware an ihren Kunden in Memel zu schicken. Hier liegt der Fall des § 447 Abs. 1 BGB. vor: die Gefahr geht auf Meyer in dem Augenblicke über, in dem Alexander Schulze dem Breslauer Spediteur die Ware zur Absendung an Meyers Kunden nach Memel ausliefert. Erfüllungsort ist Breslau. Auch dann trifft § 447 Abs. 1 BGB. zu, wenn der Verkäufer die Ware durch seine eigenen Leute übersendet (§ 379 Anm. 7).

Anm. 48. β) Auf Verlangen des Käufers muß die Ware nach einem andern, als dem Erfüllungsort des Verkäufers von diesem versendet werden. Damit ist aber keineswegs ein ausdrückliches Verlangen gemeint, sondern ein dem Willen des Käufers entsprechendes Versenden. Ein solches ist aber bei Übersendungskäufen solange anzunehmen, als der Käufer dem Verkäufer nicht gegenteilige Anweisungen gibt. Denn bei Übersendungskäufen ist nach Handelsgebrauch der Verkäufer verpflichtet, die Ware zu übersenden (oben Anm. 28). Bei vorzeitiger Abladung trägt der Verkäufer daher die Gefahr bis zum Zeitpunkt rechtzeitiger Abladung (OLG. Breslau, Recht 06, 1257[3003]). Kann die Ware wegen vertragswidrigen Verhaltens des Käufers nicht übergeben werden, so muß der Verkäufer gleichwohl für Erhaltung der Kaufsache sorgen (RG. bei Holdheim 13, 229). Die Beweispflicht für das Versendungsverlangen trifft den Verkäufer (Rosenberg AzivPr. 94, 135).

Anm. 49. γ) Die Vorschriften über den Gefahrübergang sind nicht zwingendes Recht. Die Parteien können den Augenblick des Gefahrübergangs beliebig bestimmen, z. B. so, daß die Gefahr nicht erst durch Ausscheidung und Übergabe oder Übersendung übergeht, sondern daß auch ohne Wechsel des Gewahrsams eine einzelne bestimmte, aus der Gattung hervorgehobene Sache Gegenstand des Schuldverhältnisses sein soll (RG. 43, 184; vgl. Ext. vor § 373 Anm. 70). Eine Abänderung der gesetzlichen Regel des Gefahrübergangs wird weder durch die Cif-Klausel (RG. 42, 142; unten Anm. 119; § 346 Anm. 17; Ext. zu § 372 Anm. 31), noch durch die Fob-Klausel (§ 346 Anm. 17; vgl. auch unten Anm. 119) bewirkt; jedoch soll nach Riesenfeld Nr. 458 der Verkäufer, der fob Stettin zu liefern hat, ortsgebräuchlich auch die Gefahr bis an Bord des Abgangsschiffs tragen müssen; „fob Hamburg" „nach Hamburger Roje" bedeutet nur, daß der Empfänger die Kosten des Transports der Ware von Bord bis in seinen Lagerraum zu tragen hat, bestimmt aber nichts über den Gefahrübergang (OLG. Hamburg HansGZ. 91 Hptbl. 102). Durch die Bestimmung, daß Zahlung nach ausgeliefertem Gewicht zu erfolgen hat, ist nichts über die Gefahrtragung gesagt; letztere Bestimmung hat, wie die Klausel „Abladegewicht gleich Fakturagewicht", nur Bedeutung für die Preisberechnung (vgl. JW. 99, 342[25]). Treffen aber alle diese Klauseln oder mehrere zugleich in einem Vertrag zusammen, so kann nach den Umständen darin wohl der Vertragswille gefunden werden, daß die Transportgefahr vom Verkäufer übernommen werden soll (vgl. Ext. zu § 372 Anm. 31 f.).

Anm. 50. b) Die Rechtsfolge ist, daß die Gefahr auf den Käufer im Augenblicke der Auslieferung der Ware an die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person übergeht.

α) Die Gefahr des Transports trägt also der Käufer. Geht die Ware unterwegs unter, verschlechtert sie sich unterwegs, verzögert sich der Transport, verwechselt der Spediteur die Ware, oder liefert er sie der unrichtigen Person aus (RG. 62, 332), so trägt der Käufer

Digitized by Google

den Schaden. Dafür, daß die Ware wegen eines heimlichen Mangels den Transport nicht ertragen konnte (RG. 45, 354), ist der Käufer natürlich nicht verantwortlich. Denn es handelt sich hier nur um solchen Schaden, den der Verkäufer nicht verschuldet hat. Hatte der Verkäufer seiner Übersendungspflicht nicht gehörig genügt, so trägt er die hierdurch erwachsenden Schäden, also wenn er nicht genügend verpackt oder einen ungeeigneten Spediteur ausgewählt oder ohne dringenden Grund einer Anweisung des Käufers hinsichtlich der Versendungsart zuwidergehandelt hat (hierüber oben Anm. 38ff.). Exk. zu § 382.

β) Im Augenblicke der Auslieferung an die Versendungsperson geht die Gefahr auf den Käufer über. Gerät der Verkäufer mit der Versendung in Verzug, so hat er während des Verzuges jede Fahrlässigkeit zu vertreten und wird auch für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich; es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde (§ 287 BGB.). Bei Gattungsschulden liegt übrigens entschuldbare Unmöglichkeit der Leistung solange nicht vor, als die Leistung aus der Gattung möglich ist (§ 279 BGB.; vgl. Exk. zu § 374 Anm. 47). Hinsichtlich der Konnossementsübergabe siehe oben Anm. 45. Anm. 51.

Die Übergabe an die Transportperson setzt voraus, daß der Verkäufer alles getan hat, was erforderlich ist, damit der Transport an den Käufer erfolgen kann (Exk. vor § 373 Anm. 70). Sie setzt nicht voraus, daß der Verkäufer im eigenen Namen den Frachtführer beauftragt hat (oben Anm. 33). Bei Eisenbahntransporten war früher reglementsmäßig (§ 69 des Eisenbahnbetriebsreglements vom 11. Mai 1874) noch die Aufdrückung des Expeditionsstempels auf den Frachtbrief erforderlich; dieser Moment entschied auch über den Übergang der Gefahr (ROHG. 13, 152). Nach § 54 VerkO. vom 26. Oktober 1899 ist der Frachtvertrag durch die Annahme des Gutes mit dem Frachtbriefe durch die Versandstation abgeschlossen. Ferner setzt die Übergabe an die Transportperson voraus, daß bei Gattungssachen die Ausscheidung erfolgt ist (ROHG. 22, 285; 23, 145; Exk. vor § 373 Anm. 70). Bei Sendungen über das bestellte Quantum hinaus ist nicht zu unterscheiden, ob mehr von der bestellten Sorte gesandt oder ob Stücke anderer Sorte mitgesandt sind. In beiden Fällen trifft die Gefahr für die bestellten Stücke den Käufer, für die unbestellten den Verkäufer; es wäre denn, daß eine Ausscheidung nicht tunlich wäre; in letzterem Fall trifft den Verkäufer die Gefahr (ROHG. 23, 147; a. M. 6./7. Aufl.). Erforderlich ist nach dem Vorangegangenen, daß alle Transportbedingungen in der Art verabredet sind, daß es keiner weiteren Tätigkeit bedarf, damit der Transport ausgeführt werde. Übergibt z. B. der Verkäufer dem Spediteur die Ware mit dem Vorbehalt, ihm später den Namen des Empfängers zu benennen oder ihm die Zeit des Transports zu bestimmen, so geht die Gefahr erst von dieser Erklärung ab auf den Käufer über (ROHG. 21, 355). Anders, wenn die Ware dem Spediteur übergeben wird, damit dieser sie zur Verfügung des Käufers halte (ROHG. ebenda). Anm. 52.

γ) Die Gefahr geht mit diesem Zeitpunkte über, nicht auch das Eigentum. Über den Übergang des Eigentums s. unten Anm. 57 und über die Bedeutung des Gefahrübergangs für die Gewährleistung § 377 Anm. 45. Anm. 53.

Mitunter ist es zweifelhaft, ob ein Gattungs- oder ein Spezieskauf vorliegt. Soll der Verkäufer mit der vom Käufer besichtigten Ware noch eine Sortierung vornehmen, so daß nur die aussortierte Ware als gekauft gelten soll, so liegt ein Gattungskauf vor, weil die gekaufte Ware noch nicht bestimmt ist. Derselbe Abschluß kann aber auch so gemeint sein, daß die ganze besichtigte Ware gekauft ist, jedoch unter der nach § 276 BGB. zu beurteilenden Nebenverpflichtung des Verkäufers zur Sortierung; in diesem Fall liegt ein Spezieskauf vor und kommt es auf das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft zur Zeit des Kaufs an. Im ersteren Fall dagegen ist der Augenblick der Versendung der sortierten Ware maßgebend. Ebenso werfen sich dieselben Fragen auf, wenn bestimmte Halbfabrikate mit dem Zusatz gekauft sind, daß der Verkäufer sie noch einer Behandlung unterziehen soll, und daß nur die Ware gekauft ist, welche die Behandlung übersteht.

Digitized by Google

Ergl. zu § 382. Anm. 54. c) Hinzuzufügen ist, daß im Falle eines bedingten Kaufvertrages zu unterscheiden ist, ob die Bedingung aufschiebend oder auflösend ist. In ersterem Falle geht die Gefahr trotz der Übergabe erst mit dem Eintritte der Bedingung auf den Käufer über, weil die Wirkungen des Vertrages vorher nicht eintreten (§§ 158, 159 BGB.). Wird bei einem auflösend bedingten Kaufe die Sache übergeben oder versendet, so geht die Gefahr sofort über. (Vgl. unten Anm. 55 ff.; ebenso Planck § 446 Anm. 2c; Dernburg II 2 § 174 V; a. M. Düringer-Hachenburg III: Die Übergabe soll in beiden Fällen entscheiden, weil der Käufer die Möglichkeit der Überwachung hat.)

Anm. 55. d) Beim Kauf in Bausch und Bogen trägt der Verkäufer die Gefahr bis zur Übergabe des Ganzen, nicht aber die Gefahr für einzelne Stücke, weil es auf einzelne Stücke hierbei den Parteien regelmäßig nicht ankommt (§ 377 Anm. 181; Dernburg II 2 § 169 V).

Anm 56. 5. **Über das Verhältnis des Käufers und des Verkäufers zum Spediteur und Frachtführer.** In den zahlreichen Fällen, in denen eine Sache unterwegs untergeht oder sich verschlechtert, und der Verkäufer dafür nicht haftet, entsteht die Frage: wie gelangt der Käufer zu seinem Rechte? Kann er sich wenigstens an den Spediteur oder Frachtführer halten, wenn dieser den Untergang oder die Verschlechterung verschuldet hat? Hierauf ist zu antworten:

Schließt der Verkäufer in eigenem Namen mit der Transportperson ab — und das ist meistens der Fall, einen Abschluß im Namen des ihm fernstehenden Käufers wird der Spediteur sich gar nicht gefallen lassen —, so hat er, der Verkäufer, gegen den Spediteur oder Frachtführer die Rechte aus dem mit ihnen geschlossenen Vertrage. Auch wenn es sich um Beschädigungen des Gutes handelt, also um Nachteile, die dem Käufer erwachsen sind, kann doch der Verkäufer dieses Interesse (ROHG. 17, 78) wie auch die Interessen mehrerer hintereinander stehender Beteiligter, z. B. außer den Interessen des Käufers auch die des Spediteurs gegen dessen Unterspediteure (RG. 62, 335) als eigene Erfüllungsinteressen geltend machen. Der Käufer hat dagegen in diesem Falle kein unmittelbares Klagerecht gegen den Spediteur oder Frachtführer (vgl. RG. 43, 172), und auch dadurch erlangt der Käufer ein solches Recht nicht, daß der Verkäufer den Spediteur anweist, die Ware nach ihrer Ankunft dem Käufer auszuliefern, und dieser dem Käufer hiervon Anzeige macht; denn das ist keine Anweisung und keine Annahme einer Anweisung im Sinne des Gesetzes (RG. 43, 171). Gegen den Frachtführer aber gibt dem Käufer ein solches Recht § 435 HGB.; jedoch nur unter den Voraussetzungen dieses Paragraphen, d. h. es muß der Eintritt in den Frachtvertrag als Empfänger vorliegen (RG. 1, 1). War die Ware also z. B. nicht an den Käufer adressiert, sondern an die Berliner Paketfahrt-Aktiengesellschaft (mit welcher der Käufer vereinbart hat, daß sie ihm alle für ihn ankommenden Güter ausliefern solle), so ist die Berliner Paketfahrtgesellschaft nach § 435 HGB. die Empfängerin, und nur sie hat die Rechte aus § 435; oder: die Ware war zwar an den Käufer adressiert, dieser aber hat die Ware als verspätet geliefert, nicht angenommen, sondern die Annahme verweigert; dann liegt der Fall des § 435 nicht vor.

Gegen den Spediteur hat der Käufer, auch wenn er Empfänger ist, Rechte, die den Rechten des § 435 ähnlich sind, überhaupt nicht.

Indessen hat der Käufer gegen den Verkäufer ein Recht auf Abtretung seiner Rechte (ROHG. 16, 53), desgleichen gegen die Person, die für seine Rechnung die Ware auf Grund des Frachtbriefes empfängt und demgemäß die Rechte aus § 435 HGB. geltend zu machen in der Lage ist.

Hat der Verkäufer den Transportvertrag im Namen des Käufers abgeschlossen, so hat der Käufer, und nur dieser, einen Rückgriff gegen den Spediteur oder Frachtführer. Der Spediteur hat gegenüber dem Verkäufer keine Erkundigungspflicht darüber, ob der Kaufpreis gestundet ist. Ist ihm die Stundung aber bekannt, so ist er für Konfiskation des Guts verantwortlich, wenn er die Ware ohne Genehmigung des Verkäufers einem ihm als Schmuggler bekannten Bevollmächtigten des Käufers aushändigt (RG. 56, 181). Der Zollspediteur, der vom Verkäufer mit Versendung an die Abnehmer des Käufers beauftragt ist,

Digitized by Google

hat einen unmittelbaren Anspruch gegen den Käufer, wenn der Verkäufer Namens des Käufers das Frachtgut aus Versehen falsch deklariert hat (ROHG. 6, 404; RG. 1, 9; 26, 109; vgl. oben Anm. 33 u. § 408 Anm. 20). Über die Rechte des Spediteurs gegen den Frachtführer s. zu § 407 Anm. 14 f. Exk. zu § 382.

V. Der Eigentumsübergang beim Kauf.

1. Aus den in § 366 Anm. 6 ff. entwickelten Grundsätzen ergibt sich, daß der Käufer das Eigentum der gekauften Ware durch Übergabe oder Übergabeersatz und Einigung über den Eigentumsübergang erwirbt. Wann diese Erfordernisse erfüllt sind, ist beim Platzgeschäft nicht zweifelhaft. (Über die Eigentumsverschaffung siehe Exk. vor § 373 Anm. 56 ff.). Anm. 57.

Aber wenn die Ware übersandt wird, wird es zweifelhaft, wann der Käufer hiernach Eigentümer wird. Nach § 128 I, 11 ALR. wurde der Käufer Eigentümer durch Auslieferung der Ware an den Spediteur oder Frachtführer. Nach gemeinem und nach rheinischem Recht wurde das nicht angenommen; vielmehr wurde hier angenommen, daß beim Spezieskauf der Käufer in dem Augenblicke Eigentümer wird, in dem er die Ware annimmt, und beim Gattungskauf in dem Augenblicke, in dem er nach Annahme der Ware zu erkennen gibt, daß er die Ware behalten will (RG. 1, 416; 12, 81; 18, 162; 34, 66; Bolze 16 Nr. 39 und 38; JW. 80, 158).

Nach dem Rechte des BGB. ist beim Gattungskauf jedenfalls der Standpunkt des gemeinen Rechts zutreffend. Er ist bereits zu § 366 Anm. 6 ff. entwickelt (ebenso Dernburg III § 100 I 4). Danach wird der Käufer also Eigentümer der ihm übersandten Ware in dem Augenblicke, wo er sie annimmt und zu erkennen gibt, daß er die Ware als sein Eigentum behalten will (JW. 04, 62[21]; Naumburg OLGR. 12, 279). In der Annahme der Ware allein liegt der Wille, Eigentum zu erwerben, noch nicht. Die Abnahme von dem mit dem Transport Beauftragten bringt vorerst nur den Willen zum Ausdruck, der Abnahmepflicht zu genügen und die Ware auf ihre Empfangbarkeit zu prüfen (JW. 85, 268[11]). Zum Eigentumserwerb gehören noch weitere Erklärungen oder Handlungen des Käufers, die darauf schließen lassen, daß die Ware in der Absicht, Eigentum zu erwerben, im Besitz genommen worden ist. Diese Erklärungen des Käufers können auch stillschweigende sein, und sie sind es regelmäßig beim Distanzkauf und liegen in der Annahme und im Stillschweigen des Käufers (RG. 12, 78; JW. 04, 62[21]). Ist der mit dem Transport Beauftragte zugleich Vertreter des Käufers, z. B. dessen Spediteur oder Frachtführer, so entscheidet schon das genehmigende Verhalten des Vertreters. Die vom Verkäufer nach § 447 BGB. mit dem Transport beauftragte Person ist jedoch nicht Vertreter des Käufers (Dernburg III § 100 II 2; anders RG. 34, 66). Es ist nicht nötig, daß die den Annahmewillen enthaltende Handlung des Käufers zur Kenntnis des Verkäufers gelangt. Der Verkäufer drückt durch die Versendung den Willen aus, daß der Käufer ohne weitere Erklärung als Eigentümer über die Sache verfügen solle. Es bedarf somit nicht der Formen eines Vertragsschlusses (RG. 64, 145). Die Absicht des Behaltenwollens genügt schon ganz allein, wenn sie irgendwie hervorgetreten ist. Ganz unzweideutig liegt die Sache natürlich, wenn der Käufer infolge eigenen Unterlassens der Mängelrüge oder infolge Unterlassens der Rüge seitens seines Spediteurs als genehmigend gemäß gesetzlicher Vorschrift des § 377 zu gelten hat. Aber auch darin liegt eine solche Absicht des Behaltenwollens, wenn der Käufer über die Ware verfügt, sie weiterverkauft, die Maschine einbaut oder ein sonstiges als Behaltenwollen auszulegendes Verhalten an den Tag legt, d. h. über die Ware wie ein Eigentümer verfügt. (Das Gegenteil des Behaltenwollens ist die Zurverfügungstellung; vgl. RG. 8, 88). Dabei ist aber nicht notwendig ein solches Verhalten gemeint, durch das auch die Möglichkeit der Wandelung ausgeschlossen wird. Es genügt also z. B. eine Veräußerung der empfangenen Ware ohne Kenntnis der Mängel. Denn dadurch gibt man zu erkennen, daß man zunächst Eigentümer der Ware werden will, höchstens will man sie zurückgeben und das Eigentum zurückübertragen, wenn die Ware später entdeckte Mängel zeigt. Selbstverständlich gilt dies umsomehr, wenn Anm. 58.

Digitized by Google

Exk. zu § 382. der Käufer ein Verhalten an den Tag legt, durch das er sogar das Recht auf Wandelung einbüßt, z. B. wenn er die Ware trotz Kenntnis der Mängel veräußert. Selbst dadurch wird schon das Eigentum übertragen, daß der Verkäufer seine bei einem Spediteur lagernde Ware dem Käufer unter Übergabe eines Verfügungsscheins zur Verfügung stellt (§§ 929, 931 BGB.; RG. 49, 99) oder dem Käufer die Faktura mit dem Vermerk übersendet, die Ware lagere zu dessen Verfügung bei dem Lagerhalter X (OLG. Hamburg LZ. 07, 234[5]). Selbstverständlich muß die Ware auch ausgeschieden sein (vgl. § 366 Anm. 12 und Exk. vor § 373 Anm. 70). Bei einem Abholzungsvertrag bringt erst das Fällen der Stämme und die darin liegende Übergabe das Holz in das Eigentum des Käufers (JW. 05, 402[28]). Die Eintragung eines Abholzungsrechts überträgt daher das Eigentum am Holz auf dem Stamme nicht und kann durch solche Eintragung auch keine beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden (RG. 60, 317).

Anm. 59. Aber auch beim Spezieskauf gilt nichts anderes. Es ist anzunehmen, daß das soeben für den Gattungskauf Entwickelte auch hier gelten muß. Auch hier liegt, ebensowenig wie beim Gattungskauf, eine Veranlassung vor, in der Abnahme der Ware von der Transportperson stets und unter allen Umständen den Eigentumserwerbswillen zu erblicken. Da der Käufer auch hier, genau so wie beim Gattungskauf, das Recht hat, die Ware auf ihre Beschaffenheit zu prüfen, und wenn sie Mängel hat, zurückzuweisen, so ist nicht ersichtlich, warum man hier, anders als beim Gattungskauf, genötigt sein soll, anzunehmen, daß die Abnahme von der Transportperson hier eine weitergehende, stärkere Bedeutung haben soll (vgl. RG. 12, 78; 64, 145).

Anm. 60. 2. Stellt daher der Käufer die übersandte Ware rechtzeitig zur Verfügung, so geht das Eigentum auf den Käufer nicht über (RG. 12, 78; JW. 98, 364[53]; § 366 Anm. 7); anders nach franz. Recht (JW. 00, 150[5]). Wenn der Verkäufer nach erfolgter rechtzeitiger Zurverfügungstellung in Konkurs gerät, so kann der Konkursverwalter die Ware als Eigentum der Konkursmasse in Anspruch nehmen.

Anm. 61 3. Stellt der Käufer die Ware nicht rechtzeitig zur Verfügung, so ist der Käufer Eigentümer geworden, aber nicht dann, wenn der Verkäufer während des Transports in Konkurs gerät (§ 15 KO., hierüber unten Anm. 97). Bei anderen Waren wird der Käufer schon vorher Eigentümer (unten Anm. 62).

Nimmt der Verkäufer die Zurverfügungstellung an, so geht dadurch, auch wenn die Zurückweisung der Ware mit Unrecht erfolgt ist, das Eigentum wieder auf den Verkäufer über, wenn er es überhaupt schon verloren hatte (hierüber unten Anm. 62). Es liegt darin ein constitutum possessorium, eine Ersatzübergabe nach § 930 BGB. Insbesondere liegt darin auch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber mittelbaren Besitz erlangt. Denn wenn der Käufer Eigentümer der Ware geworden war, so gibt er durch die Zurverfügungstellung die Erklärung ab, daß er nunmehr nur noch als Verwahrer für den Verkäufer die Ware behalten wolle, und diese Erklärung gilt mit der Annahme der Zurverfügungstellung als angenommen. Die Annahme der Zurverfügungstellung hat diese Wirkung auch dann, wenn diese Annahme nicht sofort erfolgt. Die Zurverfügungstellung ist keineswegs ein Vertragsantrag, der sofort angenommen werden müßte, widrigenfalls er seine Kraft verliert, sondern er ist Geltendmachung eines Rechts; diese Erklärung wirkt so lange, als sie nicht widerrufen wird. Sie kann widerrufen werden, bis sie vom Verkäufer angenommen wird. Im Konkurs des Käufers kann von da an der Konkursverwalter den Aussonderungsanspruch des Verkäufers nicht durch nachträgliche Genehmigung der Ware abwenden (RG. im RheinA. 73 III 29).

Anm. 62. 4. Eine besondere Betrachtung ist auch hier der Übergabe von Waren, die sich auf dem Transport befinden, durch Übertragung von Dispositionspapieren (Konnossement usw.) zu widmen. Hier will der Käufer durch den Erwerb des Papiers das Eigentum der Ware erwerben, auch während sie schwimmt. Er will sie allerdings nach ihrer Ankunft prüfen und

Digitized by Google

nötigenfalls zurückweisen, aber inzwischen hat er sie zu Eigentum erworben und die Zur- Exk. zu
verfügungstellung der Ware ist in diesem Falle der Versuch der Rückübertragung (vgl. das § 382.
Nähere oben Anm. 61, sowie Exk. zu § 374 Anm. 42). Über den Eigentumsübergang über-
haupt s. § 363 Anm. 35ff.; § 365 Anm. 10f.; § 366 Anm. 14, Exk. vor § 373 Anm. 67.
Mitunter ist es ungewiß, wer hier das Eigentum erworben hat, weil es dem Verkäufer einerlei
ist, an wen er verkauft; wenn nur das Dispositionspapier eingelöst wird. Der Einlösende
tritt oft in eigenem Namen nach außen auf, obgleich er nur Stellvertreter oder Mittelsmann
eines andern, des wirklichen Käufers ist. Steht es in solchen Fällen fest, daß der Stell-
vertreter mit dem Vertragsschluß und mit der Einlösung den ihm erteilten Auftrag des
Käufers ausführen wollte, so erwirbt der Stellvertreter das Eigentum an der Ware nicht für
sich, sondern für seinen Auftraggeber (§ 164 BGB.; OLG. Hamburg SeuffA. 60, 229; vgl.
RG. 30, 77 u. 143).

VI. Der Eigentumsvorbehalt (pactum reservati dominii).

Anm. 63

1. **Begriff des Eigentumsvorbehalts.** Hat der Verkäufer einer beweglichen Sache sich beim Kaufabschluß das Eigentum bis zur Zahlung vorbehalten, gleichwohl aber dem Käufer die Sache übergeben, so wird der Käufer unmittelbarer, der Verkäufer mittelbarer Besitzer im Sinne des § 868 BGB. (RG. 54, 397; vgl. Pudor JW. 05, 314; Thiesing ArchBürgR. 20, 240). Das Eigentum erwirbt der Käufer im Zweifel jedoch erst durch vollständige Zahlung des Kaufpreises, d. h. der Eigentumsübergang ist durch Zahlung des Kaufpreises aufschiebend bedingt (§ 455 BGB.). Unerläßlich ist, daß der Zeitpunkt für Zahlung des Kaufpreises, wenn nicht genau bestimmt, so doch bestimmbar sein muß. Denn zum Wesen einer Bedingung gehört auch eine zeitliche Grenze, innerhalb deren sich zu zeigen hat, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt. Der Eigentumsvorbehalt kann auch nach unbedingter Übergabe vereinbart und damit nach dem Kaufabschluß der Eigentumsübergang wieder zu einem durch Zahlung des Kaufpreises bedingten gemacht werden. Dazu bedarf es nicht notwendig einer körperlichen Rückübertragung des Eigentums auf den Verkäufer. Ein die körperliche Übergabe ersetzendes constitutum possessorium nach §§ 930, 868 BGB. genügt (s. § 366 Anm. 2; JW. 05, 18[14]). Es muß aber dann ein konkret bestimmtes obligatorisches Besitzrecht z. B. eine Verwaltungspflicht, Miete usw. oder ein dingliches vom Verkäufer abgeleitetes unmittelbares Besitzrecht z. B. ein Nutzungsrecht nach § 868 BGB. hergestellt werden (JW. 02, 10). Ein solches Rechtsverhältnis wird nicht durch die bloße nachträgliche Vereinbarung hergestellt, es solle der Verkäufer nun wieder Eigentümer sein und der Käufer für den Verkäufer besitzen (RG. 49, 172; 54, 396; JW. 03, 80). Andernfalls würde unklaren Verhältnissen Vorschub geleistet (a. M. Geißler JW. 05, 520).

Der Kaufvertrag ist gültig und bindend und unbedingt abgeschlossen; nur der Eigentumsübergang, d. h. die Wirkung der Übergabe ist bedingt (Mot. II 319; Prot. II 80; RG. 7, 150; 9, 169). Dadurch unterscheidet sich der Kauf mit Eigentumsvorbehalt vom Kauf mit Verwirkungsklausel (lex commissoria § 360 BGB.; hierüber Exk. zu 374 Anm. 4). Der Kauf mit Eigentumsvorbehalt hat also eine dingliche und eine obligatorische Seite, die verschiedene Wirkungen äußern.

2. **Wirkungen des Eigentumsvorbehalts** sind dinglicher und obligatorischer Art: Anm. 64.

a) Die dingliche Bedeutung des Eigentumsvorbehalts besteht darin, daß der Verkäufer bei Nichtzahlung des Kaufpreises (auf Verzug kommt es hier nicht an, weil es sich um eine Bedingung handelt) mit der Eigentumsklage die Herausgabe der Sache nach § 985 BGB. verlangen kann, ohne vom Kauf zurückzutreten, also unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrags. Weil in diesem Falle der Kaufvertrag nicht berührt wird, und der Eigentumsvorbehalt nicht den Vertragsabschluß bedingt, so enthält das Herausgabebegehren keine Rücktrittserklärung (a. M. Goldmann-Lilienthal § 142 Anm. 2); folglich kann der Käufer, der ja zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt, nicht Rückerstattung seiner Kaufpreiszahlung begehren, wenn der Verkäufer sein Eigentum zurückfordert (RG. 7, 149; JW. 07, 315[18]). Der Käufer kann

Digitized by Google

Exk. zu § 382. nur, soweit der Wert der Kaufsache den Betrag seiner Zahlungen übersteigt, einen auf § 812 BGB. zu stützenden Bereicherungsanspruch geltend machen. Ersatz der auf die Kaufsache gemachten Verwendungen kann er von demselben Gesichtspunkt aus nur soweit beanspruchen, als die durch diese Verwendungen bewirkte Wertsteigerung der Kaufsache den Betrag seiner aus dem Vertrag stammenden Verpflichtungen (dazu zählt auch eine etwa verfallene Vertragsstrafe) übersteigt (RG. 49, 190; JW. 07, 315[18]). Der Käufer wendet die Eigentumsklage durch Zahlung des vollen Kaufpreises ab. Solange der Käufer den Kaufpreis noch nicht zu zahlen braucht, kann er der Eigentumsklage unter Hinweis auf das Vertragsverhältnis nach § 161 BGB. begegnen, und zwar auch dem neuen Erwerber gegenüber, weil sich dieser vom Besitzer dieselbe Einwendung entgegenhalten lassen muß (§§ 986 Abs. 2, 931 BGB.). Gegen Verfügungen des Käufers über die Kaufsache ist der Verkäufer nur durch die Vorschriften über gutgläubigen Erwerb des Eigentums geschützt (§§ 161 Abs. 3, 932 ff. BGB., § 366; vgl. RG. 49, 172). Denn bei aufschiebend bedingtem Eigentumsvorbehalt ist die Kaufsache für den Käufer eine fremde (vgl. Exk. vor § 373 Anm. 59 f.). Der Erwerber ist nur gutgläubig, wenn ihm das Nichteigentum nicht aus grober Fahrlässigkeit unbekannt war (§§ 161 Abs. 3, 932 BGB.). Man kann nicht eine Haftbarkeit des gutgläubigen Erwerbers auf dem Umweg herbeiführen, daß man seine Fahrlässigkeit, die keine grobe ist, von dem Gesichtspunkt der fahrlässigen Verletzung fremden Eigentums nach § 823 BGB. betrachtet. Es würde damit eine Haftung für Verletzung obligatorischer Rechte hergestellt, die abzulehnen ist (vgl. Exk. zu § 377).

Anm. 65. b) Die vertragliche (obligatorische) Bedeutung des Eigentumsvorbehalts besteht darin, daß der Verkäufer im Falle des Zahlungsverzugs des Käufers ohne Androhung und ohne Fristsetzung nach Maßgabe der §§ 346—358 BGB. vom Vertrag zurücktreten kann (§ 455 BGB.).

Ist der Verkäufer zurückgetreten, so hat eine Auseinandersetzung über die vom Käufer geleisteten Anzahlungen und die von ihm aus der Kaufsache gezogenen Nutzungen nach §§ 346 ff. BGB. stattzufinden (JW. 07, 315[18]). Ein Rücktritt ist nicht mehr möglich, sobald der Käufer den Kaufpreis bezahlt hat. Denn in diesem Augenblick wird der Käufer ohne weiteres Eigentümer der Kaufsache nach §§ 158, 161 BGB., und es erlangen seine bis dahin über die Kaufsache getroffenen Verfügungen Rechtswirksamkeit; daher treten auch in diesem Augenblick die inzwischen erfolgten Pfändungen der Gläubiger des Käufers in Kraft (RG. 60, 70).

Anm. 66. c) Der Verkäufer kann aber auch Erfüllung verlangen. Er kann auf Zahlung des Kaufpreises klagen, einerlei, ob er von seinem Recht auf Zurücknahme der Kaufsache Gebrauch gemacht hat und neben diesem Recht (oben Anm. 64; RG. in LZ. 07, 514[8]; vgl. OLG. Colmar PucheltZ. 05, 352) und gegen den Käufer das auf Zahlung lautende Urteil zur Vollstreckung bringen. Läßt er in letzterem Falle die Kaufsache pfänden, so liegt darin regelmäßig ein Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt (Dernburg II 2 § 171 III Fußnote 11). An der eigenen Sache gibt es wohl ein Pfandrecht (RG. 20, 372; 57, 363), aber kein Pfändungspfandrecht (§ 804 CPO.; KG. in Bl. f. Rpfl. 05, 103; a. M. Kallmann BankA. 6, 279), deshalb kann der pfändende Verkäufer nur beabsichtigt haben, eine fremde Sache d. i. die Sache des Käufers zu pfänden. Sache des Käufers ist die Kaufsache aber nur, wenn der Eigentumsvorbehalt aufgegeben ist. Fehlte es an der Absicht, die Sache als eine fremde zu pfänden, so ist die Pfändung nichtig. Läßt der Verkäufer trotzdem versteigern, so ist die Versteigerung zwar gültig; es hat sich der Verkäufer aber schuldhafterweise in die Unmöglichkeit versetzt, zu erfüllen. Ersteigert er die Ware selbst, so liegt zwar keine Unmöglichkeit der Erfüllung vor, aber man wird in dem Verhalten des Verkäufers einen Rücktritt finden können in Anlehnung an die beim Abzahlungsgeschäft geltenden Grundsätze (hierüber unten Anm. 72; überall anders Düringer-Hachenburg II 554c). Über die Verwicklungen, die beim Zusammentreffen von Pfändungs- und von Pfandrechten entstehen können, s. § 366 Anm. 58, § 368 Anm. 79 f.

Anm. 67. 3. Die Gefahr geht mit der Übergabe auf den Käufer über. Der Grundsatz des § 446 BGB., daß mit der Übergabe der verkauften Sache an den Käufer dieser auch die Gefahr zu tragen hat, ist ein allgemeingültiger. Dieser Grundsatz beruht auf den wirtschaftlichen

Digitized by Google

Gedanken, daß die Kaufsache mit der Übergabe der Verfügung des Verkäufers tatsächlich entzogen ist, und der Käufer, obgleich er noch nicht Eigentümer geworden ist, doch die tatsächliche Herrschaft besitzt, der Verkäufer also nicht weiter mit der Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung belastet werden darf. Diese Ansicht entspricht auch dem Zweck des Vorbehalts, der dem Verkäufer möglichste Sicherheit gegenüber dem die Kaufsache genießenden Käufer geben soll (so auch OLG. Darmstadt HessRpr. 7, 60; Colmar OLGR. 8, 445; OLG. Stuttgart Recht 05, 592[2392]; OLG. Jena Recht 06, 1258[3005]; Cosack BGB. § 122 II 55; v. Staudinger § 455 Anm. 8 u. § 446 Anm. 1; Cahn im Recht 03, 546). Die entgegengesetzte Ansicht (Dernburg II 2 § 171 III Fußnote 13; Planck § 455 Anm. 2; unentschieden JW. 06, 760[32]) stützt sich darauf, daß der Käufer noch nicht die volle rechtliche Verfügungsmacht hat. Letzteres ist richtig (JW. 99, 501[55]; RG. 64, 337; Eccius bei Gruch. 41, 883). Die hieraus gezogene Folgerung ist aber nicht richtig. Erl. zu § 382.

4. Die Vorschrift des § 455 BGB. ist nur eine Auslegungsregel. Die Parteien können vereinbaren, daß der Eigentumsübergang auflösend bedingt sein soll. In diesem Fall geht das Eigentum ohne weiteres auf den Verkäufer zurück, wenn die Bedingung eintritt, d. h. wenn der Käufer zur festgesetzten Zeit den Kaufpreis nicht zahlt. Einer Klage auf Rückübertragung bedarf es nicht. Der Verkäufer kann unmittelbar die Eigentumsklage anstellen. Rückwirkende Kraft hat der Eintritt der Bedingung nicht. Das bestimmt § 158 Abs. 2 BGB. Hiervon macht § 161 Abs. 2 BGB. eine streng auszulegende Ausnahme (Dernburg I § 156 III; Riedner DJZ. 07, 570). Jedenfalls sind die Rechte gutgläubiger Dritter geschützt (§ 161 Abs. 3 BGB.). Die Parteien können auch vereinbaren, daß ein besonderer Rückübertragungsakt notwendig sein soll; sie können auch ausmachen, daß das Eigentum übergehen, dem Verkäufer aber ein Rücktrittsrecht zustehen soll und zwar mit der Wirkung, daß mit Ausübung des Rücktrittsrechts das Eigentum ohne weiteren Übertragungsakt auf den Verkäufer zurückfallen soll (vgl. RG. 54, 340). Auch der Augenblick des Gefahrüberganges kann beliebig bestimmt werden. So wird z. B. der Eigentumsvorbehalt beim Losverkauf dahin zu verstehen sein, daß der Gewinn dem Verkäufer gehört, wenn das Los vor Zahlung des Kaufpreises mit Gewinn gezogen wird, wenn auch nicht gerade in dem Vorbehalt des Eigentums allein schon diese Willensmeinung zu finden sein mag (vgl. RG. 50, 196; 59, 298). Wird der Eigentumsübergang völlig ausgeschlossen, so ist nicht mehr ein Kaufvertrag mit Eigentumsvorbehalt, sondern ein Vertrag andern Inhalts z. B. ein Miet- oder Leihvertrag abgeschlossen (a. M. Crome II § 212 S. 413 Fußnote 64). Anm. 68.

5. Beim Verkauf eines Handelsgeschäfts kann ein Eigentumsvorbehalt gleichfalls vorkommen. Das BGB. kennt zwar nur ein Eigentum an körperlichen Sachen, nicht aber an einem Sachinbegriff (Dernburg III § 2 Ziff. 2); trotzdem ist ein solcher Vorbehalt nicht wirkungslos (a. M. OLG. Stuttgart im Recht 03, 42[174]; vgl. aber OLG. Zweibrücken BayZ. 06, 66). Auf den Kauf eines Handelsgeschäfts finden die Gewährleistungsgrundsätze entsprechende Anwendung (hierüber § 343 Anm. 26; Erl. vor § 373 Anm. 3; § 377 Anm. 1, 5, 32, 42 u. 190). Es gibt einen Nießbrauch an einer Sachgesamtheit (§ 1035 BGB.), ein Pfandrecht an einer solchen (§ 368 Anm. 4 u. 11), eine Sicherungsübereignung einer Sachgesamtheit (§ 368 Anm. 95) und einen Sicherungskauf einer solchen (Erl. vor § 373 Anm. 51); auch sonst nimmt das BGB. Rücksicht auf eine Gesamtheit von Sachen (§§ 92 Abs. 2, 588, 589, 1035, 1048). Auf den Verkauf einer Gesamtheit von Sachen und Rechten d. i. auf den Verkauf eines Handelsgeschäfts können daher die Grundsätze über den Eigentumsvorbehalt sehr wohl entsprechende Anwendung finden. Anm. 69.

6. Der Eigentumsvorbehalt an Grundstücken kann nur die Wirkung äußern, daß der Käufer die Verbindlichkeit übernimmt, das Eigentum zurückzuübertragen, falls er nicht rechtzeitig zahlt. Denn eine bedingte Auflassung ist nicht statthaft (§ 925 Abs. 2 BGB.). Die Rückübertragungspflicht kann durch Vormerkung gesichert werden (§§ 883 ff. BGB.). Anm. 70.

7. Der Eigentumsvorbehalt erlischt durch Verzicht des Verkäufers (oben Anm. 66), durch Vermischung, Vermengung und Verarbeitung der Kaufsache gemäß §§ 947 ff. BGB. sowie Anm. 71.

Digitized by Google

Erl. zu § 382.

dadurch, daß die Kaufsache zum wesentlichen Bestandteil einer andern Sache nach § 93 BGB., insbesondere eines Grundstücks nach §§ 94, 95, 946 BGB. wird (RG. 26, 346; 39, 205; 48, 267; 50, 241; 56, 288; 60, 421; 61, 193; 62, 406; 63, 171 u. 416; JW. 04, 413[27]; 07, 128[6 u. 7].). Daß der Eigentumsvorbehalt durch Zeichen an der Kaufsache, die Bestandteil geworden ist, kenntlich gemacht worden ist, bleibt selbst dann unerheblich, wenn der Dritte, z. B. der Hypothekengläubiger (§ 1120 BGB.) deren Bedeutung erkannt hätte (JW. 04, 138[2]). Daß der Eigentumsvorbehalt noch durch die ausdrückliche Vereinbarung verstärkt worden ist, es dürfe der Verkäufer bei Zahlungsverzug die Sache zurücknehmen, ändert ebenfalls nichts an der Wirkung der Bestandteilseigenschaft (JW. 06, 417[2]). Auf die Streitfrage, wann eine Sache zum Bestandteil wird, kann hier nicht eingegangen werden; es wird hier nur auf die bereits angezogene Rechtsprechung und die Literatur verwiesen (vgl. Krückmann, wesentl. Bestandteil und Eigentumsvorbehalt, Leipzig 06; Fuld, Die Kollision des Eigentumsvorbehalts mit dem Hypothekenrecht Puchelts Z. 36, 86; Lenel, DJZ. 06, 46; 07, 509; Neumann JW. 07, 97; Bing, DJZ. 07, 348; v. Campenhausen DJZ. 07, 474). Ist dagegen die Kaufsache nur Zubehör einer andern Sache geworden, so besteht der Eigentumsvorbehalt weiter, weil verschiedenes Eigentum an Hauptsache und Zubehör nach § 926 BGB. möglich ist (RG. 44, 288; 50, 241). Die Hypothekengläubiger können auf solches Zubehör erst Anspruch erheben, wenn der Kaufpreis bezahlt ist (§ 1120 BGB.; JW. 04, 403[3], vgl. JW. 04, 89[6]). Ihnen gegenüber wirkt also der Eigentumsvorbehalt am Zubehör. Der Eigentumsvorbehalt am Zubehör muß jedoch vom Eigentümer im Rechtsweg geltend gemacht werden (§§ 55 Abs. 2; 37 Nr. 5; 9 Nr. 2; 59 ZwVG.; JW. 04, 413[27], vgl. RG. 55, 207; JW. 00, 641). Ist die Eigentumsverschiedenheit von Hauptsache und Zubehör nicht geltend gemacht, so wird das Zubehör so behandelt, als ob es dem Eigentümer des Grundstücks gehören würde (§§ 37 Nr. 5, 55 Abs. 2, 59 ZwVG.; § 1006 BGB.; RG. 49, 253; JW. 04, 413[27]; 06, 556[26]).

Anm. 72. 8. Das Abzahlungsgeschäft. (Hoffmann, Das RG. betr. die AbzGesch. 2. Aufl. 01.) Eine besondere Art des Kaufs mit Eigentumsvorbehalt liegt vor, wenn der Kaufpreis einer dem Käufer übergebenen beweglichen Sache in Teilzahlungen berichtigt werden soll. In diesem Falle gilt die Rücknahme der mit Eigentumsvorbehalt verkauften Sache als Rücktritt des Eigentümers (§§ 5 u. 6 des Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894; RGBl. Nr. 23). Dies ist eine Ausnahme von dem oben Anm. 64 aufgestellten Grundsatz. Eine Zurücknahme liegt in jeder Entziehung der Sache aus dem Besitz des Käufers und auch in Vornahme einer öffentlichen Versteigerung. Der Käufer braucht die Sache, wenn sie der Verkäufer zurücknehmen will, nur gegen Rückerstattung seiner Zahlungen Zug um Zug herauszugeben (§ 3 des Gesetzes). Verkäufe von Lotterielosen, von Inhaberpapieren mit Prämien oder von Bezugs- oder Anteilsscheinen auf solche Lose, oder von Inhaberpapieren gegen Teilzahlungen mit aufschiebend bedingtem Eigentumsvorbehalt sind strafbar (§ 7). Werden zur Umgehung dieser Vorschrift nicht die Lose als Sachen, sondern nur Gewinnaussichten in Form von Losverkäufen veräußert, indem der Verkäufer im Besitz der Lose bleibt, so liegt darin eine durch § 286 StGB. getroffene Veranstaltung einer Lotterie (RGSt. 9, 405; RG. 18, 82). Doch trifft diese Beurteilung nicht zu, wenn der Erwerb eines Loses nicht ins Ungewisse gestellt ist, sondern der Vertrag auf Lieferung und Abnahme eines in jeder Weise bestimmten Loses gerichtet ist (RG. 14, 84; 18, 81).

Das Abzahlungsgesetz findet keine Anwendung, wenn der Empfänger der Ware nicht nur eintragungsfähig ist, sondern auch wirklich im Handelsregister eingetragen worden ist (vgl. § 348 Anm. 29).

Anm. 73. 9. Über den Eigentumsvorbehalt im Konkurse s. unten Anm. 90 f.

Anm. 74. 10. Übergangsbestimmung. Der Herausgabeanspruch des Verkäufers bleibt nach seiner persönlichen Richtung unberührt, wenn er vor 1. Januar 1900 rechtshängig geworden ist, sollte auch sein Eigentumsrecht nach dem Recht des BGB. untergegangen sein (Art. 181 EG. z. BGB.; RG. 56, 243).

Digitized by Google

VII. Über die Sicherungsübereignung

Exk. zu § 382. Anm. 75.

s. § 368 Anm. 94ff. und über den Sicherungskauf Exk. vor § 373 Anm. 51ff.

VIII. Der Einfluß des Konkurses auf den schwebenden Kaufvertrag.

Anm. 76.

Lit.: Oetker, Über den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge 38B. 14, 1.

1. Hatte der Verkäufer bereits seiner Verpflichtung zur Übergabe und Verschaffung des Eigentums genügt (Exk. vor § 373 Anm. 56ff.), der Käufer aber den Kaufpreis noch nicht oder doch nicht vollständig bezahlt, oder die Kaufsumme noch nicht abgenommen, und ist der Käufer dann in Konkurs geraten, so hat der Verkäufer lediglich eine Konkursforderung in Höhe des rückständigen Kaufpreises. Für § 17 KO. ist kein Raum. Gerät in dieser Lage der Verkäufer in Konkurs, so hat dessen Masse einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Denn ebenso wie in dem zuerst erwähnten Fall ist dann der Vertrag von der einen Partei vollständig erfüllt. Die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit seitens des Gemeinschuldners berechtigt den andern nicht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren (RG. 17, 81; 63, 231). Auch hat der Konkursverwalter in solchen Fällen das Wahlrecht des § 17 Abs. 2 KO. nicht. Er hat es nur, wenn sowohl vom Gemeinschuldner als auch von dem Vertragsgegner der Vertrag im Augenblick der Konkurseröffnung nicht vollständig erfüllt war.

2. Hatte der Käufer seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises bereits vollständig genügt (Exk. vor § 373 Anm. 62ff.) und die Kaufsache abgenommen (Exk. vor § 373 Anm. 67ff.; Exk. zu § 374 Anm. 165ff.), der Verkäufer aber noch nicht oder doch noch nicht vollständig geliefert, und gerät der Verkäufer in Konkurs, so hat der Käufer lediglich einen Anspruch auf den Schätzungswert der ausgebliebenen Leistung und zwar als gewöhnliche Konkursforderung (§§ 69, 26 KO.; JW. 05, 389[6]). Gerät in diesem Augenblick der Käufer in Konkurs, so hat seine Konkursmasse das Recht auf Lieferung und alle Rechte aus den Folgen des Verzugs oder aus den Folgen mangelhafter Lieferung. Das Wahlrecht des Verwalters nach § 17 Abs. 2 KO. ist aus denselben Gründen, wie zu Anm. 76, ausgeschlossen. Anm. 77.

3. Der Verkäufer hat nicht oder doch nicht vollständig geliefert, und der Käufer hat auch seinerseits nicht oder nicht vollständig gezahlt oder nicht abgenommen, und es gerät in dieser Lage der Verkäufer oder der Käufer in Konkurs. Der Verkäufer hat noch nicht erfüllt, wenn der Eigentumsübergang noch nicht bewirkt war (Exk. vor § 373 Anm. 56ff.); dies ist der Fall, wenn der Eigentumsübergang betagt oder bedingt war (wie z. B. beim Eigentumsvorbehalt; hierüber unten Anm. 90f.) und vor Eintritt des Zeitpunktes oder der Bedingung der Konkurs über den Käufer ausbricht (RG. 64, 204). Der Verkäufer hat aber auch dann noch nicht erfüllt, wenn die gelieferte Sache mangelhaft war; denn mangelhafte Erfüllung ist ungehörige Erfüllung und steht der unvollständigen Erfüllung gleich (vgl. RG. 52, 355; 53, 92; 57, 400). Dasselbe muß gelten, wenn die vom Verkäufer gelieferte Sache mit einem Rechtsmangel behaftet ist (§§ 433, 434 BGB.; RG. 59, 404), und beim Verkauf einer Forderung oder eines Rechts, die keinen rechtlichen Bestand haben (§§ 437f., 440 BGB.). Die Entwehrung muß allerdings feststehen; die bloße Möglichkeit einer Entwehrung steht der Nichterfüllung noch nicht gleich (vgl. RG. 32, 2). Der Käufer hat nicht nur dann noch nicht erfüllt, wenn er nicht gezahlt (Exk. vor § 373 Anm. 62), sondern auch dann, wenn er die Kaufsache nicht abgenommen hat, sollte der Verkäufer auch seinerseits alles getan haben, was ihm obliegt, so daß die Nichtabnahme allein auf ein Verschulden des Käufers zurückzuführen ist. Die Erfüllung hängt eben hier vom objektiven Tatbestand des § 433 Abs. 2 BGB. ab. Daß die Abnahme eine Nebenverpflichtung ist (Exk. vor § 373 Anm. 67ff.; Exk. zu § 374 Anm. 165ff.), kommt hier nicht in Betracht. Der Käufer hat aber, was die Zahlung angeht, vollständig erfüllt, wenn er den Kaufpreis Anm. 78.

Digitized by Google

Exk. zu § 382. voll bezahlt hat, mag auch Zahlung für eine mangelhafte Sache oder im voraus geleistet sein. Zahlung mit Wechseln steht nur dann der Erfüllung gleich, wenn die Wechselhingabe die Schuld endgültig tilgen sollte (vgl. auch Exk. vor § 373 Anm. 64). In den Fällen, in denen hiernach weder der Verkäufer noch der Käufer vollständig erfüllt hat, kommt es darauf an, ob ein Teil schon vor der Konkurseröffnung in Verzug geraten war oder nicht.

Anm. 79. **Ist ein Teil schon vor der Konkurseröffnung in Verzug** geraten, so kann der nichtsäumige Teil seine Rechte aus dem Verzuge auch gegenüber der Konkursmasse des Gegners geltend machen, allerdings unter Berücksichtigung der durch den Konkurs eingetretenen Änderungen. Es bedarf deshalb der Unterscheidung.

War eine Nachfrist nach § 326 Abs. 1 BGB. gesetzt, dabei dem späteren Gemeinschuldner auch die Erklärung abgegeben, daß nach Ablauf der Frist Erfüllung nicht mehr angenommen werde, und war die Frist vor Eröffnung des Konkurses abgelaufen, so äußert die Erklärung volle Wirkung, und zwar ganz im Sinne der im Exk. zu § 374 Anm. 99 u. 108 dargelegten Grundsätze, auch gegenüber der Konkursmasse. Der Konkursverwalter kann, so wenig wie sein Gegner, mehr Erfüllung begehren noch auch nach § 17 KO. in den Vertrag eintreten. Entscheidet sich der Nichtsäumige nun für Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist diese Forderung lediglich Konkursforderung (vgl. RG. 22, 111). Ebenso gestaltet sich die Sachlage, wenn der vertragstreue Teil eine Nachfrist nicht zu setzen brauchte — sei es, weil er infolge des Verzugs an Erfüllung des Vertrags kein Interesse mehr hatte (Exk. zu § 374 Anm. 101), oder weil der Säumige die Erfüllung bestimmt verweigert hatte (Exk. zu § 374 Anm. 84 ff.), oder weil eine positive Vertragsverletzung vorlag (Exk. zu § 374 Anm. 86 u. 172 ff.), also der Tatbestand, welcher dem Nichtsäumigen ohne Fristsetzung und Androhung das Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung gibt, vor Eröffnung des Konkurses gegen den säumigen, späteren Gemeinschuldner bereits eingetreten war. Unter Umständen gehört zur Erfüllung dieses Tatbestandes noch eine Erklärung des Nichtsäumigen; hierüber siehe das Nähere an den angegebenen Stellen.

War die Nachfrist zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht abgelaufen und hatte der Gemeinschuldner die Nachfrist mit entsprechender Erklärung nach § 326 BGB. gesetzt, so kann sein Konkursverwalter gerade so verfahren, wie der Gemeinschuldner hätte verfahren können, wenn der Konkurs nicht eröffnet worden wäre. Der Vertragsgegner braucht aber den Ablauf der Nachfrist nicht abzuwarten; er kann nach § 17 KO. dem Verwalter eine angemessene Frist zur unverzüglichen Erklärung setzen, ob er Erfüllung während der Nachfrist begehre. Schweigt der Konkursverwalter, so verzichtet er auf Erfüllung, d. h. die Fristsetzung und Androhung nach § 326 BGB. ist hinfällig geworden. Ist aber der Gemeinschuldner der säumige Teil und war ihm vor Konkurseröffnung vom Vertragsgegner eine nach der Konkurseröffnung ablaufende Frist unter entsprechender Androhung gesetzt, so kann der Konkursverwalter nach § 17 KO. sich für die Erfüllung entscheiden und den Verzug, soweit noch möglich, heilen (Exk. zu § 374 Anm. 112 f.); dann muß er zugleich aber seine Bereitschaft erklären, das zu erstatten, was der Gegner infolge des Verzugs zu fordern hat (sonst wird der Verzug nicht geheilt) und bis zum Ablauf der Nachfrist erfüllen. Erfüllt er nicht, trotzdem er sich für Erfüllung entschieden hat, so wird der Gegner Massegläubiger, wenn dieser sich für Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. entscheidet. Lehnt der Konkursverwalter während des Laufs der vor der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner gesetzten Nachfrist die Erfüllung ab, so hat der vertragstreue Gegner ohne weiteres einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB., § 26 KO., aber nicht als Masseforderung, sondern als Konkursforderung. Ebenso verhält es sich, wenn der Konkursverwalter keine Erklärung innerhalb des Laufs der Nachfrist abgibt; mit Ablauf der Nachfrist entsteht dem vertragstreuen Gegner nach § 326 BGB., § 26 KO. ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Konkursforderung.

Anm. 80. **War der Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht einmal in Verzug,** so kommt § 17 KO. zu voller Anwendung. Danach hat der Konkursverwalter das Recht, an

Digitized by Google

Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen und die Erfüllung vom Vertragsgegner zu verlangen, wenn er dies aus eigenem Antrieb oder auf Aufforderung des Vertragsgegners ohne Verzug erklärt. Darauf, welcher Vertragsteil vorzuleisten hatte, kommt es nicht an. Entscheidend ist nur, daß der Vertrag noch von keiner Seite vollständig erfüllt ist. Gibt er die Erklärung des Eintritts trotz Aufforderung nicht ohne Verzug ab (§ 17 Abs. 2 KO.), oder schweigt er darauf (JW. 92, 371[6]), oder ergibt sich sonst aus seinem Verhalten, daß er Nichterfüllung gewählt hatte (RG. 22, 107), so kann weder er noch der Gemeinschuldner (RG. 41, 133) auf Erfüllung bestehen, noch darf der Konkursverwalter dem Gemeinschuldner die Verfolgung etwaiger Ansprüche auf eigene Rechnung überlassen (JW. 92, 371[5]). Die Wahl des Konkursverwalters ist für alle Beteiligte bindend und wirkt auch noch nach Erledigung des Konkursverfahrens (RG. 41, 133). Exk. zu § 382.

a) **Der Konkursverwalter** hat also das Recht, das ihm weder durch den Gläubigerausschuß, noch durch die Gläubigerversammlung mit Wirkung gegen Dritte entzogen oder eingeschränkt werden kann (§ 136 KO.; RG. 26, 67; 53, 352; vgl. RG. 59, 369). Der andere Teil kann nicht wegen des Konkurses allein zurücktreten (RG. 17, 80; 56, 240). Er kann aber auch nicht wegen des Konkurses nach § 321 BGB. die Erfüllung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird (so auch Jaeger § 17 Anm. 34; Wolff § 17 Nr. 5). Der entgegengesetzten Meinung des Reichsgerichts (Recht 05, 77[269]) kann nicht beigetreten werden (vgl. Exk. vor § 373 Anm. 42). Die Rechte, die sich aus einer Veränderung der Umstände infolge der Konkurseröffnung ergeben, haben die §§ 17 ff. KO. ausschließlich geregelt. Nur wenn die Ansprüche aus Befriedigung aus der Masse gefährdet sind, kann § 321 BGB. in Frage kommen. Übrigens ist zu unterscheiden: hat ein Vertragsteil bereits vor Eröffnung des Konkurses von § 321 BGB. Gebrauch gemacht und lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung ab, so steht dem Gläubiger ohnehin nur eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung zu (Anm. 83); der § 321 BGB. ist gegenstandslos geworden. Ist der Konkursverwalter aber in den Vertrag eingetreten, obgleich der Gegner schon von § 321 BGB. Gebrauch gemacht hatte, so muß der Konkursverwalter den durch § 321 BGB. umgestalteten Vertrag hinnehmen und sich den Einwand aus § 321 BGB. gefallen lassen (vgl. Exk. vor § 373 Anm. 40 ff.). War von § 321 BGB. vor Konkurseröffnung noch kein Gebrauch gemacht und tritt der Konkursverwalter in den Vertrag ein, so kann von § 321 BGB. nur noch Gebrauch gemacht werden, wenn die Konkursmasse für die Gegenleistung keine genügende Sicherheit mehr bietet, wie dies oben und im Exk. vor § 373 Anm. 42 dargelegt ist. Anm. 81.

b) **Die Erklärung des Eintritts** hat nur dann rechtliche Bedeutung, wenn die Voraussetzungen des § 17 KO. vorliegen. Liegen sie nicht vor, d. h. ist der Vertrag von einer Seite ganz erfüllt, so ist die Eintrittserklärung wirkungslos (RG. 32, 1; 35, 28). Hat daher der Konkursverwalter in der Meinung, es seien die Voraussetzungen des § 17 KO. gegeben, während der Vertrag bereits von einer Seite vollständig erfüllt war, die Forderung des Gegners als Masseschuld anerkannt oder bezahlt, so kann er seine Leistung als ungerechtfertigte Bereicherung nach § 812 BGB. zurückfordern (JW. 05, 389[9]). Der Konkursverwalter braucht nur das Nichtvorhandensein einer Masseschuld zu beweisen. Sache des Gegners ist es alsdann, darzutun, daß dem Konkursverwalter das Nichtbestehen einer Verbindlichkeit bekannt war (§ 814 BGB.; vgl. RG. 60, 420). Anm. 82.

Für die Eintrittserklärung ist keine Form vorgeschrieben; sie kann also auch durch eine einer solchen Erklärung gleichstehende Handlung abgegeben werden (vgl. RG. 52, 53: Fortzahlung der Versicherungsprämie aus Konkursmitteln). Etwaige Zweifel in der Erklärung des Konkursverwalters werden durch Aufforderung nach § 17 Abs. 2 KO. gelöst (JW. 04, 392[23]).

Wählt der Konkursverwalter die Erfüllung, so muß er gerade so erfüllen, wie wenn kein Konkurs eröffnet worden wäre (RG. 11, 49). Die Ansprüche werden zu Masseschulden (§ 59 Nr. 2 KO.). Die Ansprüche auf Schadensersatz aus Gewährleistung oder Entwehrung einer vom Gemeinschuldner geleisteten Sache sind nicht davon ausgenommen. Ansprüche letzterer Art

Digitized by Google

Erl. zu § 382. sollen angeblich immer Konkursforderungen sein, weil sie nicht als rückständige Leistungen, sondern als Ansprüche aus einer vom Schuldner gemachten selbständigen Leistung anzusehen seien (so Mot. 245; RG. 18, 336; 32, 2); allein so faßt das BGB. die Rechtslage nicht mehr auf (vgl. oben Anm. 78). Wählt der Konkursverwalter Erfüllung, so muß er das ganze Sukzessivlieferungsgeschäft in allen Teilen, d. h. sowohl bezüglich des vor, als des nach der Konkurseröffnung fälligen Teils erfüllen (hierüber unten Anm. 93). Sagt der Konkursverwalter bei einem auf Abruf zu erfüllenden Sukzessivlieferungsgeschäft die Lieferung der gerade abgerufenen Rate zu (JW. 96, 638[15]), oder ruft er selbst eine Rate ab, so ist er in den Vertrag eingetreten und muß alle ausstehenden Forderungen des Gegners aus dem ganzen Vertrag als Masseschuld gelten lassen, wenn ihm die Anfechtung wegen Irrtums nicht hilft (unten Anm. 94). Es darf aber die Erklärung des Konkursvertreters nicht nur so gemeint gewesen sein, daß er nur den Vorschlag mache, den noch ausstehenden Teil des Geschäfts zu erfüllen, so daß nur der diesen Teil betreffende Kaufpreis Masseschuld werden, der Kaufpreis für die bereits erfolgten Lieferungen aber Konkursforderung bleiben soll. Erklärt daher der Konkursverwalter, daß er lediglich bezüglich einer einzelnen Rate oder unter anderen Bedingungen als im ursprünglichen Vertrag Erfüllung begehre, so liegt in einer solchen Erklärung die Ablehnung der Erfüllung und das Angebot zu einer von § 17 KO. abweichenden Vereinbarung, auf das sich der Gegner allerdings nicht einzulassen braucht (RG. im Recht 04, 555[2426]). Verweigert der Konkursverwalter die Lieferung des bei Konkurseröffnung noch ausstehenden Restes einer Sukzessivlieferung, so kann er vom Käufer auch nicht Zahlung der vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung gemachten Lieferung begehren; denn er will ja in den Vertrag gerade nicht eintreten (OLG. Dresden Recht 03, 340[1336]). Hat ein Gläubiger vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Verkäufers dessen Kaufpreisforderung für erst noch auszuführende Lieferungen gepfändet und sich überweisen oder sich vom Verkäufer eine Anweisung geben lassen, so wirkt die Pfändung und Überweisung nicht gegen die Konkursmasse, wenn der Konkursverwalter den Vertrag erfüllte und dadurch die Kaufpreisforderung erst aus Mitteln der Masse zu Entstehung brachte (RG. 6, 111; 11, 138; 33, 49; vgl. § 363 Anm. 18; dagegen RG. 11, 51). Zu demselben Ergebnis kommt man aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (RG. 63, 363).

Anm. 88. c) Der Konkursverwalter hat nur das Recht, in den Vertrag einzutreten. Er kann aus eigenem Antrieb oder auf Aufforderung des Vertragsgegners auch den Eintritt in den Vertrag ablehnen. Tut er letzteres (oben Anm. 80), so besteht der Vertrag auch fernerhin; nur die weitere Erfüllung unterbleibt. Der Käufer, dem das Eigentum an der Kaufsache noch nicht übertragen war, muß, wenn er die Sache besitzt, diese dem Konkursverwalter des Verkäufers herausgeben. Der Eigentumsklage des Konkursverwalters gegenüber kann er sich nicht darauf berufen, daß der Gemeinschuldner ihm das Eigentum zu verschaffen habe (JW. 92, 15[19]). Die in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangene Sache kann der Verkäufer nicht zurückfordern (§ 26 KO.). Nur § 44 KO. macht eine Ausnahme beim Versendungskauf (unten Anm. 98). Anzahlungen können nicht zurückverlangt werden. Es verwandelt sich das bisherige zweiseitige Vertragsverhältnis lediglich in einen Anspruch des andern Teils auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, und zwar als Konkursforderung (RG. 56, 238). Dieser Schadensersatzanspruch ist gänzlich verschieden vom Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises und hat den Charakter einer Interesseforderung, so daß der Übergang von der Kaufpreisklage zu diesem Schadensersatzanspruch eine unzulässige Klageänderung bedeutet und § 268 Nr. 3 CPO. keine Anwendung findet (RG. 64, 207; JW. 97, 53[14]). Selbstverständlich darf die Sache nicht so liegen, daß, nachdem auf den Kaufpreis geklagt ist, der Konkurs erst eröffnet wird; in diesem Fall verwandelt sich der Anspruch auf den Kaufpreis in einen Schadensersatzanspruch kraft Gesetzes, sobald der Verwalter Erfüllung ablehnt. So gestaltet sich auch eine im Augenblick der Konkurseröffnung anhängige Wandelungsklage, wenn der Verwalter in den Vertrag nicht eintritt, in einen in Geld nach § 69 KO. abzuschätzenden Schadensersatzanspruch um. Eine Klageänderung liegt nicht vor. Der Schaden bemißt sich nach dem

Digitized by Google

Interesse das der Wandelungskläger daran hat, daß sein Wandelungsanspruch infolge des Konkurses nicht durchgeführt werden kann. Erkennt der Konkursverwalter diesen Anspruch nicht an, so hat der seitherige Wandelungskläger die Feststellung nach § 146 Abs. 1 KO. zu betreiben (JW. 07, 182[25]; vgl. 03, 27[25]). Exk. zu § 382.

In der konkursrechtlichen Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß dieser Schadensersatzanspruch ein lediglich konkursrechtlicher, in § 26 KO. gegebener Anspruch sei (vgl. §§ 19, 22 KO.; so Jaeger § 17 Anm. 43ff.; § 26 Anm. 20f.; Wolff § 26 Nr. 2). Weil dieser Grundsatz aber zur Art der Schadensberechnung nicht ausreicht, ist man nach dieser Ansicht alsdann doch genötigt, zur Ermittelung der Schadenshöhe auf das BGB. und zwar auf § 252 BGB. zurückzugehen. Damit kommt man auf das Gebiet absichtlicher Vertragsverletzung (§ 276 BGB.). Im allgemeinen käme man nach dieser Ansicht zu einer Ausgleichung des Schadens mit dem erlangten Vorteil, etwa nach den von RG. 54, 137 aufgestellten Gesichtspunkten. Der Schadensersatz müßte dann konkret berechnet werden, weil nur für das Ausbleiben der Erfüllung Ausgleich in Geld verlangt werden dürfte. Der Verkäufer müßte sich entgegenhalten lassen, daß er das nicht abgenommene Quantum zur Erfüllung anderer Abschlüsse hätte verwenden sollen, oder daß er bei einem sonstigen Verkauf keinen Schaden gehabt hätte. Die Frage nach dem Schadensersatz selbst würde sich wegen der eigentümlichen konkursrechtlichen Wirkung nach inländischem Recht richten müssen (OLG. Frankfurt im Recht 06, 1145[2713]); hinsichtlich der Schadenshöhe würden aber die allgemeinen internationalen Grundsätze zur Anwendung zu bringen sein. Ob der andere Teil Inländer oder Ausländer ist, wäre nach § 5 KO. gleichgültig. Nach dieser Ansicht wäre dann weiter zu fragen, ob das materielle Recht, das den Umfang des Schadens bestimmen soll, von dem Standpunkt aus zu prüfen ist, daß eine vorsätzliche Vertragsverletzung vorliegt (weil der Verwalter absichtlich handelt), oder von dem Standpunkt aus, daß nur eine fahrlässige Verletzung als gegeben anzunehmen wäre (weil § 17 KO. dem Konkursverwalter das Recht der Ablehnung gibt und daher der schwächste Grad des Verschuldens zu unterstellen wäre).

Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Die §§ 17, 26 KO. bestimmen nichts anderes als daß, wenn nach dem bürgerlichen Recht ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung infolge der Weigerung des Konkursverwalters entsteht, dieser Anspruch ein konkursrechtlicher sein soll. Die §§ 17, 26 KO. setzen daher eine nach bürgerlichem Recht bestehende Schadensersatzpflicht voraus (RG. 22, 11; 26, 96; 49, 192; 63, 73; 64, 207; JW. 00, 344[12]; RG. bei Gruch. 28, 1178). Die Konkursordnung will auch keineswegs in die Grundsätze des bürgerlichen Rechts eingreifen. Die Sachlage ist daher keine andere, als wenn der Schuldner die Erfüllung mit der Begründung verweigert, daß er überhaupt nicht leisten könne oder nicht leisten wolle (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 86). Diese Auffassung steht auch mit dem verwandten Gedanken im Einklang, welcher der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen zugrunde liegt (vgl. Exk. zu § 374 Anm. 176). Anwendbar bleiben daher die Grundsätze, welche allgemein für Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB. aufgestellt sind. Der Schaden kann somit abstrakt und konkret berechnet werden, wie dies des näheren im Exk. zu § 374 dargelegt ist. Es kann Schaden und entgangener Gewinn beansprucht werden. Diese Art der Schadensberechnung hat auch schon früher Anerkennung gefunden (RG. 22, 112) und zwar auch hinsichtlich der Sukzessivlieferungsverträge (RG. 26, 98; Exk. zu § 374 Anm. 135ff. u. Anm. 178 u. 184). Als entscheidender Zeitpunkt ist der Schadensberechnung der Augenblick der Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters zugrunde zu legen.

Von der Schuldfrage hängt die Entstehung des Schadensersatzanspruchs nicht ab. Die Erfüllungsablehnung ist ja das Recht des Konkursverwalters. Von einem Verschulden kann so wenig die Rede sein, als von einer Unmöglichkeit der Erfüllung; denn die Erklärung des Nichteintritts beruht auf dem freien Willen des Konkursverwalters. Es liegt auch nur ein tatsächliches subjektives Unvermögen wegen Mangel an Deckungsmitteln und keine Unmöglichkeit vor. Es treten auch keine andern Rechtsfolgen ein, wenn den Konkursverwalter ein Ver- Anm. 84.

Digitized by Google

Exk. zu § 382. schulden trifft. Insbesondere kommt gegen den Konkursverwalter § 326 BGB. nicht zur Anwendung, auch wenn er imstande wäre, zu erfüllen. Selbstverständlich gehen durch den Nichteintritt des Konkursverwalters die Rechte nicht verloren, die dem Gemeinschuldner infolge des vertragswidrigen Verhaltens des Gegners vor der Konkurseröffnung entstanden waren, wie auch umgekehrt der Vertragsgegner solche Rechte nicht einbüßt, die ihm vor der Konkurseröffnung gegen den späteren Gemeinschuldner bereits entstanden waren, z. B. wenn der Verkäufer beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt bereits vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Käufers den Rücktritt erklärt hatte (oben Anm. 65).

Anm. 85. Die Schadensersatzforderung kann der andere Teil nur als Konkursforderung geltend machen (§ 26 KO.; RG. 26, 93; JW. 00, 344[12]; vgl. oben Anm. 83). Jedoch muß er sich, weil sich das ganze Verhältnis, nicht nur die ausgebliebene Leistung, in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt hat, bei der Schadensberechnung den Wert des bereits Empfangenen in Anrechnung bringen (OLG. Dresden, SächsA. 13, 266). Es gelten über die Berechnung des Schadensanspruchs ganz die im Exk. zu § 374 dargestellten Grundsätze. Übersteigt das Empfangene den Betrag des Schadensersatzes, so ist der Überschuß nach den Grundsätzen ungerechtfertigter Bereicherung an die Konkursmasse herauszugeben (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.; Jaeger § 17 Anm. 46). Der Anspruch auf Schadensersatz kann gegen die Forderungen der Konkursmasse, insbesondere mit solchen aus demselben Geschäft aufgerechnet werden, wie dies bei Sukzessivlieferungsgeschäften häufig der Fall sein wird (vgl. RG. 22, 112). In RG. 46, 100 (vgl. RG. 49, 190) wird eine solche Aufrechnung für unzulässig erachtet, weil der Schadensersatzanspruch erst mit der Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters entstanden, somit die Aufrechenbarkeit nicht gemäß § 55 Nr. 1 KO. vor der Konkurseröffnung vorhanden gewesen sei. Die entgegengesetzte Ansicht verdient den Vorzug, weil der Anspruch als ein gesetzlich durch die Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters bedingter schon vor der Konkurseröffnung entstanden und daher nach § 54 Abs. 1 KO. aufrechnungsfähig ist (RG. 58, 11; OLG. Hamburg SeuffA. 61, 83). Die Entscheidung darüber, ob ein Verzicht auf die Aufrechnung, wie er z. B. in der Ausbedingung von Barzahlung trotz der beiden Teilen bekannten aufrechnungsfähigen Gegenforderung liegt, auch noch wirkt, wenn der Aufrechnungsgegner in Konkurs gerät, hängt davon ab, ob der Verzicht auch für diesen Fall gewollt war (RG. 60, 358). Und dies ist Tatfrage.

Anm. 86. Die gegen Dritte bestehenden Sicherungsrechte verwandeln sich in derselben Weise. Bürgen und Pfänder haften nur noch für die Schadensersatzforderung (§§ 767, 1210 BGB., „jeweiliger Bestand"; vgl. Jaeger § 17 Anm. 48).

Anm. 87. An diese Umwandlung des Verhältnisses ist der Gemeinschuldner auch nach Beendigung des Konkurses gebunden (RG. 41, 133; Bolze 15 Nr. 716; Jaeger § 17 Anm. 50).

Anm. 88 Von diesen Rechtsfolgen kann keine vorhergehende Vereinbarung befreien. Der § 17 KO. gibt zwingendes Recht im öffentlichen Interesse; jedoch nur soweit Erschwerungen vereinbart sind. Wird durch eine Vereinbarung die Lösung des Vertrags erleichtert, so steht § 17 KO. der Gültigkeit nicht im Weg (vgl. RG. 56, 245).

Anm. 89. Die kraft Gesetzes gewährten weitergehenden Rechte sind durch den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 17 KO. nicht ausgeschlossen. Daher werden Aussonderungsansprüche auf Grund persönlicher Rechte, wie aus Leihe, Miete, Verwahrung (JW. 06, 417[2]), sowie die Ansprüche aus unrechter Tat, die Anfechtung wegen Willensmängel von § 17 KO. nicht betroffen, denn die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts werden von der KO. nicht berührt. Nur ein Rücktrittsrecht wegen der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters ist durch § 26 KO. selbst dann ausgeschlossen, wenn es sich sonst aus allgemeinen Rechtsgründen ergeben würde (RG. 17, 84; 56, 240; SeuffA. 42, 248; Hahn, Materialien S. 106). z. B. aus einer kassatorischen Klausel (RG. 17, 84; 56, 241; SeuffA. 42, 248; Hahn, Materialien z. KO. S. 106; a. M. Jaeger § 26 Anm. 16). Darum verfällt auch eine Vertragsstrafe, die der Gemeinschuldner für den Fall der Nichterfüllung versprochen hatte, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung ablehnt (§ 348 Anm. 36). Ebenso kann sich der andere Teil

Digitized by Google

auf eine Sicherungsübereignung (§ 368 Anm. 108f.), auf einen Sicherungskauf (Exk. vor § 373 Anm. 53) und auf einen Eigentumsvorbehalt (oben Anm. 63) berufen. Exk. zu § 382.

Ist der Eigentumsvorbehalt aufschiebend gemeint (§ 455), so war der Kaufvertrag bei Eintritt des Konkurses des Käufers noch nicht erfüllt, wenn in diesem Augenblick der Kaufpreis noch nicht bezahlt war. Denn alsdann war auch der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Eigentumsübertragung noch nicht nachgekommen. Daher findet hier § 17 KO. Anwendung (RG. 64, 206 u. 336). Wählt der Konkursverwalter Erfüllung, so muß er gerade so erfüllen, wie es der Gemeinschuldner ohne Konkurseröffnung gemußt hätte. Die Kaufpreisschuld ist Masseschuld geworden (§ 59 Nr. 2 KO.). Erfüllt der Konkursverwalter und war die Sache Zubehör eines Grundstücks des Gemeinschuldners, so geht mit Zahlung des Kaufpreises das Eigentum am Zubehör auf die Masse über. Das Pfandrecht der Gläubiger des Gemeinschuldners wird in diesem Augenblick wirksam (RG. 53, 350). War die Kaufsache Bestandteil eines Grundstücks des Gemeinschuldners geworden, so ist der Eigentumsvorbehalt erloschen. Der Kaufvertrag ist bezüglich der Eigentumsverschaffung erfüllt, wenn er auch nicht der Verkäufer war, der das Eigentum dem Käufer verschafft hat. Der § 17 KO. findet keine Anwendung, weil nur noch die eine Leistung, nämlich die Kaufpreiszahlung aussteht. Die Eintrittserklärung des Konkursverwalters ist wirkungslos; sie besagt nichts, als was der Konkursverwalter ohnehin schon tun muß; nämlich erfüllen durch Zahlung der Dividende (oben Anm. 82). Man könnte nur daran denken, die Masse aus ungerechtfertigter Bereicherung verantwortlich zu machen, weil der Gemeinschuldner sich das Eigentum vertragswidrig verschafft hat. Dieser Anspruch wäre aber wiederum nichts anderes als ein Anspruch in Höhe des Kaufpreises als Konkursforderung. Wählt der Konkursverwalter Nichterfüllung des Kaufvertrags, so ändert dies an dem Eigentum des Verkäufers nichts. Der Vertrag bleibt zwar bestehen (RG. 49, 192), aber der Verkäufer kann dann nicht mehr die Kaufpreisforderung, sondern nur den davon grundsätzlich verschiedenen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (RG. 22, 111; 64, 206), daneben aber auch, selbst wenn dieser Schadensersatzanspruch zur Tabelle festgestellt ist, den Anspruch auf Herausgabe seines Eigentums als Aussonderungsanspruch nach § 43 KO. geltend machen (vgl. oben Anm. 66); denn der aufschiebend bedingte Eigentumsvorbehalt ist durch die Erklärung des Konkursverwalters zu einem unbedingten Eigentumsanspruch geworden. Ist die Kaufsache nicht mehr vorhanden, weil der Konkursverwalter oder der Gemeinschuldner sie veräußert oder verbraucht hat, so geht der Aussonderungsanspruch in einen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses oder Abtretung der Gegenleistung nach §§ 46, 59 Nr. 1 u. KO. über (RG. 56, 241; 64, 338). Von diesem Anspruch des Verkäufers (einer Masseschuld) kommen aber die geleisteten Kaufpreisanzahlungen ohne weiteres in Abzug (RG. 46, 99; vgl. RG. 49, 191). Anm. 90.

War der Eigentumsvorbehalt als auflösende Bedingung vereinbart (oben Anm. 68), und hat der Konkursverwalter die Erfüllung abgelehnt, so hat der Verkäufer nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Denn der Eintritt der auflösenden Bedingung hat keine rückwirkende Kraft. Das bestimmt § 158 Abs. 2 BGB. Der Käufer war Eigentümer geworden; er ist es auch fernerhin, weil sich das ganze Rechtsverhältnis des Verkäufers durch die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters in einen Schadensersatzanspruch des Verkäufers wegen Nichterfüllung aufgelöst hat. Die Sache liegt anders als beim aufschiebend bedingten Eigentumsvorbehalt. Einer Berufung auf die Behandlung der kassatorischen Klausel (so Jaeger § 26 Anm. 16) bedarf es nicht. Die Ausbedingung der Verwirkung des Eigentums unterliegt nicht dem § 26 KO. (oben Anm. 89), wenn der Parteiwille dahin ging, daß das ganze Rechtsverhältnis mit rückwirkender Kraft aufgelöst sein solle. Anm. 91.

Der sog. Möbelleihvertrag, d. h. der Vertrag, kraft dessen eine bewegliche Sache mietweise vom Eigentümer einem andern so überlassen wird, daß nach Beendigung des Mietvertrags und nach vollständiger Entrichtung der Mietsraten das Eigentum auf den Mieter übergehen soll (ein häufiges Nebengeding bei den Bierabnahmeverträgen und bei Maschinenlieferungen), verfolgt die wirtschaftlichen Zwecke eines Kaufs und ist auch hinsichtlich der Anm. 92.

Digitized by Google

Ezk. zu § 382. Gewährleistung wohl wie ein Kauf zu behandeln (Dernburg II 2 § 200 I; Lit. bei Geßner, Das Abzahlungsgeschäft, Zürich 1898 S. 134 ff.). Der Vertrag untersteht im übrigen den Regeln über Abzahlungsgeschäfte, wenn der Vermieter das Recht hat, dem Mieter die Benutzung zu entziehen (§ 6 des Ges. v. 16. Mai 1894; dazu Hoffmann Kommentar; s. oben Anm. 72). Im Konkurs jedoch kommt § 19 KO. zur Anwendung, d. h. jeder Teil kann kündigen. Wird nicht gekündigt, so läuft der Mietvertrag weiter und das Eigentum kann nicht zurückverlangt werden. Wird die Sache zum Bestandteil einer dem Mieter gehörigen unbeweglichen Sache, so erwirbt der Mieter Eigentum (vgl. oben Anm. 71). Der Mietvertrag erreicht damit nicht sein Ende, wenn die Art der Verbindung, die der Sache Bestandteilseigenschaft verleiht, eine bestimmungsgemäße war (JW. 06, 436[25]).

Anm. 93. **Tritt der Konkursverwalter in den Vertrag ein,** so zwingt er dadurch auch den andern Teil, zur Masse zu erfüllen. Der andere Teil kann die Erfüllung nicht verweigern. (Ob er dies tun kann, weil der Gemeinschuldner in Konkurs und damit in Vermögensverfall geraten ist, siehe oben Anm. 81.) Der Anspruch des Gegners wird dadurch Masseschuld im Sinne des § 59 Nr. 2 KO., ist also vor den Konkursforderungen (§ 57 KO.) und selbst vor den Massekosten (§ 60 KO.) zu decken (oben Anm. 82). Auf Grund eines solchen Eintritts kann beim Sukzessivlieferungsvertrag der Vertragsgegner von dem Konkursverwalter auch für die vor der Konkurseröffnung erfolgte Lieferung volle Zahlung begehren. Der Verkäufer braucht sich nicht auf die Konkursdividende verweisen zu lassen (ROHG. 13, 104; RG. 39, 57; JW. 06, 104[3] u. 105[3]; oben Anm. 82). Leistet der Konkursverwalter nicht, so kann der Gegner alle Rechte geltend machen, welche im Ezk. zu § 374 Anm. 135 dargelegt sind. Es muß erfüllt werden, wie der Gemeinschuldner hätte erfüllen müssen, wenn kein Konkurs eröffnet worden wäre.

Anm. 94. **Eine Anfechtung der Eintrittserklärung wegen Irrtums ist nicht ausgeschlossen.** Hat z. B. der Konkursverwalter bei steigenden Preisen in dem irrigen Glauben, der Verkäufer habe noch nicht geliefert, während im Gegenteil der Verkäufer den größten Teil der Ware geliefert und dafür den Kaufpreis noch zu fordern hat, Erfüllung verlangt, so kann diese Eintrittserklärung vom Konkursverwalter wegen Irrtums über Inhalt und Umfang des Vertrags angefochten werden (§ 119 Abs. 1 BGB.). Denn beide Teile mußten die Eintrittserklärung dahin verstehen, daß die ganze Leistung eines noch gar nicht erfüllten Geschäfts verlangt werde. Der Konkursverwalter befand sich im Irrtum über den wesentlichen Inhalt seiner Erklärung, indem er eine ganz andere Leistung fordern wollte. (Allerdings darf die Anfechtung nicht so gestaltet sein, daß der Konkursverwalter sich im Irrtum über die Rechtsfolgen seiner Erklärung befunden hat; RG. 51, 281; 63, 201). Ebenso liegt der Fall, wenn der Konkursverwalter seinen Eintritt nicht in einen Sukzessivlieferungsvertrag erklären wollte, sondern meinte, es sei die von ihm abgerufene Lieferung, die in Wirklichkeit nur eine Rate eines Sukzessivlieferungsgeschäfts war, die Erfüllung eines selbständigen Geschäfts (JW. 04, 392[28]; oben Anm. 80), oder wenn er meinte, die abgerufene Leistung sei eine Rate eines Sukzessivlieferungsgeschäfts, während sie nur die vollständige Leistung aus einem selbständigen Vertrag darstellte (vgl. Müller bei Gruch. 50, 541). Diese Grundsätze müssen jedoch streng genommen werden, sonst erteilt man dem Konkursverwalter einen Freibrief gegen § 17 KO. Hat sich der Konkursverwalter gar nicht darum gekümmert, ob der Vertrag, als er seinen Eintritt erklärte, erfüllt war oder nicht, so ist dieser Umstand unerheblich, wenn man ihn lediglich vom Gesichtspunkt der Entschuldbarkeit eines Irrtums betrachtet; denn § 119 BGB. sieht nicht auf eine Verschuldung. Ist der Konkursverwalter in bewußter Unkenntnis über den Stand der Sache in den Vertrag eingetreten, so irrte er sich nicht, weil er über seine Unkenntnis sich klar war (Hölder § 119 Anm. 2; v. Staudinger § 119 Anm. 3). Dasselbe muß gelten, wenn der Konkursverwalter zur Zeit seines Eintritts mit der Möglichkeit rechnete, es möchten frühere Lieferungen noch unbezahlt sein; nicht aber, wenn er bei verständiger Würdigung der besonderen Verhältnisse annahm, die Zahlung sei erfolgt (JW. 06, 105[3]). Darüber, daß die Anfechtung auch unverzüglich nach der Entdeckung erfolgen, bestimmt und

Digitized by Google

unzweideutig sein muß und nichts in der Schwebe lassen darf, s. Exk. vor § 373 Anm. 45 u. JW. 07, 476[5]. Der Grund der Anfechtung braucht mit der Anfechtung noch nicht angegeben zu werden (RG. 65, 88). Exk. zu § 382.

Wenn endlich der Konkursverwalter weder eintritt, noch den Eintritt ablehnt, noch endlich mangels unverzüglicher Erklärung als eintretend gilt, so ist der Vertrag unberührt geblieben, und kann nach der Konkurseröffnung nur in dieser Weise geltend gemacht werden. Die Umwandlung in einen Schadensanspruch tritt nicht von selbst durch den Konkurs ein. Ein abgeschlossener Zwangsvergleich hat daher in diesem Falle nicht die Wirkung, daß der Vertragsgegner nur die Vergleichsrate zu beanspruchen hat (OLG. Königsberg SeuffA. 61, 344; dagegen ROHG. 25, 296). Näheres hierüber bei Jaeger § 17 Anm. 53—55. Anm. 95.

4. **Das Fixgeschäft, bei dem die Lieferungszeit genau bestimmt ist,** löst sich durch die Konkurseröffnung von selbst in einen Differenzanspruch auf. Der Betrag dieser Forderung bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- oder Börsenpreise, der an dem Orte der Erfüllung oder an dem für diesen maßgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergibt (§ 18 KO.). Es muß sich um Fixgeschäfte in Waren handeln, Wertpapiere fallen hier aber unbedenklich darunter (Jaeger § 18 Anm. 6). Der Lieferungstermin muß in die Zeit nach der Konkurseröffnung fallen. Sonst kommt § 376 HGB. zur Anwendung, wenn es ein Handelskauf ist, andernfalls §§ 326, 361 BGB. Die Differenzforderung kann für jeden von beiden Teilen entstehen. Der Überschuß des Marktpreises über den Vertragspreis kommt dem Käufer, der Minderbetrag dem Verkäufer zum Vorteile. Ob der Gemeinschuldner Käufer oder Verkäufer war, bleibt sich gleich. — Die Vorschrift des § 18 ist zwingenden Rechts; vorherige Vereinbarungen, die andere Rechtsfolgen für den Fall des Konkurses festsetzen, sind ungültig (Jaeger § 18 Anm. 26). Anm. 96.

5. **Was die Eigentumsfrage betrifft,** so kommt es darauf an, ob schon vor dem Konkurse alle die Akte vor sich gegangen waren, welche zur Eigentumsübertragung erforderlich sind (s. RG. 56, 238). Gerät der Verkäufer in Konkurs, während die Ware unterwegs ist, so kann der Käufer mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger das Eigentum an der Sache nicht mehr erwerben, auch wenn er von der Konkurseröffnung nichts wußte (§ 15 KO.). Wenn der Käufer nunmehr auch die Ware annimmt und behalten will, so kann sie der Verwalter gleichwohl zurückfordern, wobei allerdings zu bemerken ist, daß der Dritte, der die Sache gutgläubig vom Käufer erwirbt, Eigentümer wird (§ 366 Anm. 81; Jaeger § 15 Anm. 42 ff.). Gerät der Verkäufer aber in Konkurs, nachdem der Käufer die Ware angenommen und genehmigt hat, so ist sie sein, des Käufers, Eigentum geworden. Hat der Käufer sie aber vor der Konkurseröffnung rechtzeitig zur Verfügung gestellt, so ist sie sein Eigentum nicht geworden, und der Konkursverwalter kann nunmehr die Ware zurückfordern (RG. 8, 88; oben Anm. 58). Der Käufer ist auch nicht in der Lage, die Verfügungsstellung jetzt zurückzunehmen, wenigstens nicht mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger. Denn dem steht eben § 15 KO. entgegen (vgl. auch oben Anm. 61). Anm. 97.

Gerät der Käufer in Konkurs, während die Ware unterwegs ist, so kann der Käufer d. h. sein Verwalter nunmehr Eigentum erwerben (Jaeger § 44 Anm. 4). Will der Verkäufer dies verhindern, so mag er das Verfolgungsrecht geltend machen.

IX. Insbesondere das Verfolgungsrecht des Verkäufers.

A. **Die maßgebende Gesetzesvorschrift** ist § 44 KO. Dieser lautet: Anm. 98.

> § 44 KO. Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waaren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.
>
> Die Bestimmungen des § 17 finden Anwendung.

Digitized by Google

Exk. zu § 382. Anm. 99.

B. **Die Bedeutung dieser Gesetzesvorschrift.** Wenn der Verkäufer zur Zeit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Käufers vollständig erfüllt hat, so hat er lediglich einen Konkursanspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Wenn der Verkäufer aber noch nicht vollständig erfüllt hat, und der Käufer gerät in Konkurs, so hat der Verwalter das Wahlrecht, ob er in den Vertrag eintreten will oder nicht. Lehnt er es ab, in den Vertrag einzutreten, so hat der Verkäufer lediglich eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung. Da er sich wegen dieser mit der Konkursdividende begnügen muß, so hat er ein großes Interesse daran, die Ware selbst zurückzuerhalten. Das ist im allgemeinen nur dann und insoweit möglich, als die Ware nicht in das Eigentum des Gemeinschuldners oder der Konkursmasse gelangt ist. Aber für den Übersendungskauf wird hier eine Ausnahme gemacht: der Verkäufer kann zufolge des § 44 KO. die noch unbezahlte und zur Zeit der Konkurseröffnung unterwegs befindliche oder befindlich gewesene Ware selbst dann zurückfordern, wenn sie schon in das Eigentum des Gemeinschuldners oder der Konkursmasse übergegangen ist. Nach früherem Recht war dieses Verfolgungsrecht von Wichtigkeit besonders gegenüber den Landesgesetzen, nach denen, wie nach französischem Recht, das Eigentum schon durch den Vertragsschluß auf den Käufer überging oder, wie nach preußischem Recht, durch die Übergabe der Ware an den Frachtführer oder Spediteur. In dieser Beziehung hat das Verfolgungsrecht nach dem neuen Recht an praktischer Bedeutung verloren. Denn durch den bloßen Kaufabschluß geht das Eigentum nicht über und durch die Übergabe an den Frachtführer oder Spediteur geht der Regel nach das Eigentum auf den Käufer ebenfalls nicht über (vgl. oben Anm. 57 ff.). Von Wichtigkeit wird das Verfolgungsrecht aber in folgenden Fällen: wenn die Ware durch Dispositionspapiere (Konnossement usw.) oder im Wege sonstiger Übereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 BGB.) übergeben wird. Vgl. auch § 7 des Depotgesetzes, demzufolge mit der Absendung des Stückeverzeichnisses kommissionsweise eingekaufter Wertpapiere das Eigentum auf den Kommittenten übergeht, soweit der Kommissionär über diese Papiere zu verfügen berechtigt ist (vgl. § 383 Anm. 28). Ferner wird das Verfolgungsrecht dann wichtig, wenn das Eigentum der Ware bei der Konkurseröffnung auf den Gemeinschuldner noch nicht übergegangen ist, aber hinterher das Eigentum übergeht. Zwar kann der Verkäufer durch rechtzeitiges Anhalten der Ware verhindern, daß sie in das Eigentum der Konkursmasse gezogen wird (unten Anm. 89). Allein wenn das nicht geschieht, z. B. weil dem Verkäufer von der drohenden Konkurseröffnung nichts bekannt wird, so hat der Verkäufer nunmehr das Verfolgungsrecht aus § 44 KO.

Anm. 100.

C. **Rechtliche Natur des Verfolgungsrechts.** Es ist ein dingliches Recht. Es ergreift die Sache und das wird dadurch bewiesen, daß es gegenüber jedem Dritten wirkt, soweit dieser nicht nach den Regeln zum Schutze redlichen Erwerbes das Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht an der Sache erworben hat (RG. 8, 84; 32, 20). Aber insoweit weichen auch andere dingliche Rechte, selbst das wahre Eigentum (vgl. die Erläuterungen zu § 366). Aber gegen den, der sich widerrechtlich den Besitz der Sache aneignet, oder der die Sache sonst ohne dingliches Recht besitzt (z. B. Leiher, Mieter, Zurückbehaltungsberechtigte, RG. 8, 81; unten Anm. 113), gegen den dringt der Verfolgungsberechtigte durch. Und im Konkursverfahren gewährt es einen Aussonderungsanspruch an einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstande. Das ist das beste Zeichen für den dinglichen Charakter des im Verfolgungsrechte liegenden Rechts auf Rückgängigmachung der Eigentumsübertragung. Die herrschende Meinung hält gleichwohl nur ein obligatorisches Recht für vorliegend (Jaeger § 44 Anm. 5 ff. u. 29). Aber sie muß zugeben, daß der Verfolgungsberechtigte gegen den Zurückbehaltungsberechtigten durchdringt, und erklärt das (Jaeger § 44 Anm. 29) damit, daß der Absender in der Rückforderung „einen eigenen unmittelbar auf den Gesetzen beruhenden, nicht einen vom Empfänger hergeleiteten Anspruch geltend macht". Allein es ist nicht ersichtlich, wie diese Darlegung genügen soll, um das Durchdringen eines nicht dinglichen Rechts gegenüber dem dritten Zurückbehaltungsberechtigten zu rechtfertigen. Umgekehrt aber ist der Hinweis der Gegner darauf, daß das Verfolgungsrecht gegenüber dem Pfandrecht des Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers nicht durch-

Digitized by Google

bringt, unstichhaltig, weil diese durch den guten Glauben des Erwerbers ebenso geschützt sind, wie die durch Vertrag bestellten Pfandrechte dieser Personen (§ 366 Abs. 3 HGB.). Da ferner der Verfolgungsberechtigte einen Aussonderungsanspruch im Konkurse an einem dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstande hat und dies das beste Zeichen für das Vorliegen eines dinglichen Rechtes ist, so muß dieses Argument von unseren Gegnern beseitigt werden. Und wie geschieht das? Man stellt einen Anspruch auf Rückübereignung, einen Verschaffungsanspruch auf, der dem in § 43 KO. geschaffenen gleich sein soll (Jaeger § 44 Anm. 5). Daraus, daß RG. 41, 334 beiläufig bemerkt, das Verfolgungsrecht erzeuge eine Obligation, die unmittelbar auf dem Gesetz beruhe, ist noch nichts gegen RG. 8, 80 u. 32, 20 zu folgern. Nimmt man den dinglichen Charakter an, so erklären sich alle Erscheinungen einfach und natürlich. Exk. zu § 382.

D. **Die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts.** Anm. 101.

1. Es muß ein Kaufvertrag über Waren vorliegen (oder auch eine Einkaufskommission, die hier aber nicht interessiert). Es braucht aber kein Handelsgeschäft zu sein, weder ein zweiseitiges, noch auch ein einseitiges. Zu den Waren im Sinne unseres Paragraphen gehören auch die Wertpapiere (Seuffert, Konkursprozeßrecht 95; Jaeger § 44 Anm. 10).

2. Es muß ein Übersendungskauf vorliegen oder wie das Gesetz sagt: die Ware muß von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesandt sein. Anm. 102.

a) Sie muß von einem anderen Orte übersendet sein. Diese Seite des Übersendungskaufes ist zu § 379 Anm. 2 ff. ausführlich erörtert. Auf das Geschäft, welches hiernach kein Distanzkauf, sondern ein Platzkauf ist, findet der § 44 keine Anwendung. Vielmehr bewendet es für diesen bei den oben Anm. 99 entwickelten allgemeinen Regeln, das Verfolgungsrecht besteht hier nicht.

b) An den Gemeinschuldner muß die Ware gesandt sein. Ist sie nicht an den Gemeinschuldner, sondern auf Anweisung des in Konkurs geratenen Käufers an einen Dritten gesandt worden, der sie selbst vom Gemeinschuldner gekauft hatte, so liegt der Fall des vorliegenden Paragraphen nicht vor (Jaeger § 44 Anm. 12). Umgekehrt liegt aber ein Fall unseres Paragraphen vor, wenn der Verkäufer dem Gemeinschuldner die Ware durch einen anderen Lieferanten hat zusenden lassen, mögen auch Käufer und Verkäufer an demselben Orte wohnen. Anders aber, wenn ein für den Verkäufer begründeter Lieferungsanspruch von letzterem an den Gemeinschuldner abgetreten und überwiesen und sodann die Sendung an den Gemeinschuldner auf dessen Geheiß erfolgt ist (RG. 27, 88; a. M. Jaeger § 44 Anm. 12. Anm. 103.

c) Vom Verkäufer muß die Versendung vorgenommen sein. Eine Versendung durch einen Beauftragten des Verkäufers, etwa durch seinen Einkaufskommissionär, genügt. Es genügt aber nicht, wenn der Käufer oder dessen Vertreter, statt die Ware am Ablieferungsorte in Empfang zu nehmen, die Absendung angeordnet hat (JW. 91, 180 [7]). Anm. 104.

3. Der Kaufpreis darf noch nicht vollständig bezahlt sein. Gleichgültig ist, ob Zahlungsverzug des Käufers vorliegt oder ob der Kaufpreis gestundet und noch nicht fällig ist. Hergabe von Wechseln für den Kaufpreis gilt nicht als vollständige Zahlung, sofern diese nicht, was in der Praxis so gut wie nie vorkommt, an Zahlungsstatt gegeben sind (Kleinfeller KO. § 44 II C). Der Zahlung steht Zahlungsersatz gleich (Hingabe an Zahlungsstatt, Novation, erklärte oder vereinbarte Aufrechnung, Erlaß, unter Umständen auch Hinterlegung). Stehen die Parteien im Kontokorrentverkehr, so ist die Rückforderung begründet, wenn sich bei der Konkurseröffnung ein Passivsaldo des Käufers ergibt (Kleinfeller KO. § 44 II C). Wurden mehrere Sachen verkauft und nacheinander in verschiedenen Lieferungen versendet, so können, falls ein einheitliches Kaufgeschäft vorliegt und zur Zeit der Konkurseröffnung ein Teil der Ware noch unterwegs ist, diese Waren auch dann samt und sonders zurückgefordert werden, wenn der Kaufpreis nur noch für einen Teil dieser Waren geschuldet wird Die Waren sind dann noch nicht vollständig bezahlt (Kleinfeller KO. § 44 II C). Ist die Anm. 105.

Digitized by Google

Erk. zu § 382. Ware bei der Konkurseröffnung nicht vollständig bezahlt, bezahlt sie aber der Konkursverwalter gemäß § 17 KO., so fällt das Verfolgungsrecht weg (§ 44 Abs. 2 KO. Hierüber unten Anm. 111).

Anm. 106. 4. Die Ware darf nicht schon vor der Konkurseröffnung am Orte der Ablieferung angekommen und in die Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sein. Wenn die Ware zur Zeit der Konkurseröffnung noch unterwegs war, besteht das Verfolgungsrecht. Ist sie zwar nicht mehr unterwegs, sondern am Orte der Ablieferung zur Zeit der Konkurseröffnung angekommen, aber in die Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer andern Person für ihn noch nicht gelangt, so besteht das Verfolgungsrecht ebenfalls.

Anm. 107. a) Wenn sie unterwegs ist, so schadet es nicht, d. h. die Entstehung des Verfolgungsrechts wird nicht gehindert, wenn sie unterwegs in die Hände eines Vertreters des Käufers gelangt, es sei denn, daß der Vertreter des Käufers sein Vertreter in der Empfangnahme ist (JW. 99, 165[14]; vgl. RG. in SeuffA. 41 Nr. 162), d. h. die Ware am Ablieferungsort für den Käufer in Empfang nimmt. Soll z. B. der Spediteur des Käufers die Ware vor dem Eintreffen am Ablieferungsort an einem Zwischenplatz vorübergehend einlagern, damit der Käufer sukzessive abrufen kann, so ist die Ware immer noch unterwegs (ROHG. 22, 68).

Anm. 108. b) Am Ablieferungsorte angekommen ist sie, wenn sie an dem Orte angekommen ist, wo der Transport nach dem Vertragswillen der Parteien sein Ende nehmen soll (Jaeger § 44 Anm. 15). Dabei ist der Ort als Ortschaft, als geographischer Bezirk zu verstehen, nicht etwa als Lokal, Geschäfts- oder Lagerraum (OLG. Dresden 33P. 8, 489). Dieser Ort kann sich auch nachträglich ändern, z. B. wenn der Verwalter den Transport abkürzt (ROHG. 6, 305; 22, 70). Nur vorübergehendes Anhalten beendigt die Reise nicht (ROHG. 22, 69). Über Ablieferung und Ablieferungsort vgl. § 377 Anm. 16 u. 20.

Anm. 109. In den Gewahrsam des Käufers (oder einer anderen Person für ihn) gelangt ist die Ware, wenn sie in seine tatsächliche Innehabung gelangt ist (RG. 8, 89). Es ist auch nach dem neuen Recht nicht der Besitz, insbesondere der mittelbare Besitz zu verstehen (Jaeger § 44 Anm. 16). Die bloße Möglichkeit der Besitzergreifung durch den Käufer genügt nicht zum Ausschluß des Verfolgungsrechts; er muß von ihr Gebrauch machen. Unerheblich dagegen ist, aus welchen Gründen er die Ware in seinen Gewahrsam bringt; selbst wenn er es für Rechnung des Verkäufers tut, dem er sie zur Verfügung stellen will, erlischt das Verfolgungsrecht des letzteren (RG. 8, 86). Weil es nur auf die Erlangung des Gewahrsams ankommt, ist der etwa schon vorher z. B. durch Übergabe eines Dispositionspapiers erfolgte Eigentumsübergang durchaus unerheblich (ROHG. 24, 351; Bolze 18 Nr. 765; 32 Nr. 86; vgl. RG. 31, 136). Wenn aber der Käufer am Ablieferungsort auf Grund des Papiers die Ausladung im Einverständnis mit dem Schiffer beginnt, so hat er den Gewahrsam an der ganzen Ladung erlangt.

Anm. 110. Unter der „anderen Person", die für den Käufer den Gewahrsam der Ware erwerben kann, ist sein Besitzdiener oder Besitzgehilfe im Sinne des § 855 BGB. zu verstehen; sein Bevollmächtigter, Kommissionär, Lagerhalter oder Pfandgläubiger gemäß § 1205 Abs. 1 Satz 2 u. Abs. 2 BGB., auch ein allgemein zum Empfang beauftragter Platzspediteur (so mit Recht Dernburg Preuß. Privatrecht 4. Aufl. II § 117 Anm. 9; Jaeger § 44 Anm. 17; ROHG. 24, 345 u. RG. bei Puchelt-Förtsch Art. 313 Anm. 5b), nicht dagegen ein vom Absender, der Transportanstalt oder einem Dritten beauftragter Spediteur, der die Ware dem Käufer erst zuführen soll (v. Wilmowski, Anm. 5 zu § 36 KO.; ROHG. 12, 393); wohl aber regelmäßig der Spediteur des Käufers (Hahn Mat. 167; vgl. § 377 Anm. 16 u. 20). Der Frachtführer, der dem Adressaten den Frachtbrief übergeben hat (§ 433), hat den Gewahrsam nicht für ihn (RG. 27, 85; OLG. Dresden SächsA. 4, 197); es müßten denn besondere Fälle, z. B. der eines Verwahrungsvertrages vorliegen (RG. 27, 86 u. RG. in 33P. 8, 490). Auch daß der Absender nach § 435 HGB. schon gegen den Frachtführer geklagt hat, beseitigt nicht das Verfolgungsrecht des Absenders, obwohl es im übrigen seine Verfügungsbefugnis über das

Digitized by Google

Gut aufhebt (Förtsch Anm. 11 zu Art. 405). Ferner übt der Gerichtsvollzieher, der die Ware auf Geheiß und zur Sicherung eines Gläubigers des Gemeinschuldners gepfändet hat, den Gewahrsam nicht für den Gemeinschuldner aus; endlich auch nicht die Zollbehörde, welche die Ware im Verwaltungswege gepfändet und in die öffentliche Packhofsniederlage geschafft hat (Bolze 18 Nr. 765). Erk. zu § 382.

5. Das Verfolgungsrecht ist auflösend dadurch bedingt, daß der Konkursverwalter des Käufers von dem Rechte des § 17 KO. Gebrauch macht, an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag zu erfüllen und seinerseits Erfüllung vom Verkäufer zu verlangen. Macht der Konkursverwalter hiervon Gebrauch, so kann der Verkäufer sein Verfolgungsrecht nicht geltend machen, und wenn er es geltend gemacht hat, so verliert er es nachträglich. Bestritten ist, ob ihm dieses Recht nur unter den Voraussetzungen des § 17 — wenn von beiden Seiten noch nicht erfüllt oder noch nicht vollständig erfüllt ist — oder auch sonst zusteht. Der Fassung des Gesetzes entspricht allein die erstere Alternative (v. Wilmowski § 36 Anm. 6; Jaeger § 44 Anm. 21 u. 22; Oetker ZZP. 14, 29). Das Recht des Verwalters hat seine Grenzen in der Bestimmung des § 17 Abs. 2, nach dem er, wenn er sich auf Aufforderung des andern Teils nicht ohne Verzug darüber erklärt, ob er auf Erfüllung bestehen will, dieser seiner Befugnis verlustig geht. Anm. 111.

E. **Die Ausübung des Rechts.** Das Verfolgungsrecht besteht, wenn seine Voraussetzungen vorhanden sind. Es besteht dann im Augenblicke der Konkurseröffnung (RG. 32, 21); der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung kommt nicht in Betracht (RG. 31, 134; JW. 93, 384[14]) Es wird alsdann geltend gemacht durch Klage und Einrede, je nach Lage des Falles, und kann selbstverständlich auch durch einstweilige Verfügung gesichert werden. Keineswegs bedarf es aber eines rechtlichen oder tatsächlichen Aktes, um das Recht zur Entstehung zu bringen. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß der Absender das Gut (wie man aus der wissenschaftlichen Bezeichnung des Rechts als „Verfolgungsrecht" anzunehmen verleitet werden könnte) wirklich „verfolgt" und festhält, damit es nicht zur Konkursmasse gelangt. Es liegt vielmehr, wie schon der Wortlaut der Gesetzesvorschrift ergibt, ein Rückforderungsrecht vor, das recht eigentlich für den Fall gegeben ist, daß die Ware dem Konkursverwalter ausgeliefert ist (RG. 32, 20). Andererseits ist der Absender befugt, geeignete Schritte zu tun, um zu verhindern, daß die Ware zur Konkursmasse gelangt, um sich dieser gegenüber die vorteilhafte Stellung des glücklichen Besitzers zu verschaffen. Besonders kann dies geschehen durch die Anweisung an den Frachtführer, das Gut dem Konkursverwalter nicht herauszugeben (§ 433) oder an die Post, die Sendung an den Absender zurückzusenden und an den Adressaten nicht auszuliefern (RG. 43, 98). Fordert der Konkursverwalter, nachdem der Gläubiger durch solche Schritte die Ware angehalten hat, die Herausgabe der Ware an die Konkursmasse, so macht der Verkäufer sein Verfolgungsrecht als Einrede geltend (vgl. RG. 41, 335). Der Spediteur des Verkäufers kann dessen Verfolgungsrecht geltend machen, solange die von ihm mit seinen Zwischenspediteuren und Frachtführern geschlossenen Verträge ihre endgültige Erledigung noch nicht gefunden haben. Von da an ist er hierzu nicht mehr befugt; mag auch das Gut sich noch in den Händen einer dieser Mittelspersonen befinden (ROHG. 20, 193; vgl. ROHG. 9, 256; 14, 400 u. § 410 Anm. 5). Anm. 112.

F. **Wirkung des Rechts.** Die Geltendmachung des Rechts bewirkt nicht die Aufhebung des ganzen Kaufvertrages, sondern nur die Wiederherstellung der Rechtslage, wie sie vor der Absendung der Ware bestanden hat, insbesondere Rückgängigmachung des etwa bereits erfolgten Eigentumsüberganges; daher bestehen die für die Kaufpreisforderung bestellten Sicherheiten und Bürgschaften weiter (ROHG. 20, 383). Der Verkäufer kann eben die Auslieferung der Ware an die Masse verhindern, die schon ausgelieferte Ware zurückfordern. Aus der Wiederherstellung der früheren Rechtslage, infolge deren rückwirkend jede Verfügung der Masse über die dem Verfolgungsrecht unterliegende Ware als unberechtigt erscheinen muß, folgt, daß das Verfolgungsrecht auch gegen dritte Inhaber der Ware geht, sofern solche nicht auf Grund der Rechtsregeln zum Schutze redlichen Rechtserwerbes Eigentum oder andere dingliche Anm. 113.

Digitized by Google

Erl. zu § 382. Rechte an ihr erworben haben (vgl. § 366 Anm. 40; Goldschmidt ZHR. 8, 303). Die Redlichkeit des Erwerbes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Erwerber oder Pfandnehmer wußte, die Ware sei noch nicht bezahlt; es sei denn, daß er Tatsachen gekannt hat, aus denen zu ersehen war, der Käufer habe die Ladung, ohne die Absicht zu bezahlen, nur gekauft, um sich durch Weiterveräußerung oder Verpfändung Geld zu verschaffen (RG. 32, 20). Geschützt sind hiernach auch Frachtführer und Spediteur, soweit ihr gesetzliches Pfandrecht reicht, nicht aber auf Grund eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts wegen Forderungen gegen den Destinatär; das Zurückbehaltungsrecht weicht vielmehr hier und auch sonst dem Verfolgungsrechte (ROHG. 6, 306ff.; 10, 71; 12, 394; 24, 348; RG. 8, 81). Selbstverständlich hat der Verfolgungsberechtigte in allen Fällen, in denen er gegen den dritten Erwerber nicht durchdringen kann gegen die Konkursmasse den Anspruch auf Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung und auf Herausgabe der letzteren, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zur Masse eingezogen worden ist (§ 46 KO.). Hat der Gegenstand der Rückforderung in den Händen des Konkursverwalters durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946, 948, 950 BGB.) seine selbständige Existenz verloren, so besteht ein Vergütungsanspruch als Masseanspruch (§ 951 BGB.; § 59 Nr. 3 KO.; Jaeger Anm. 24 zu § 44 KO.).

Anm. 114. Daneben kann der Verkäufer etwaige Schadensansprüche (z. B. die Wertpapiere sind inzwischen im Kurse gefallen) als Konkursforderung geltend machen (§ 26 Abs. 2 KO.; Jaeger § 44 Anm. 25). Aus diesem Gesichtspunkte kann der Verkäufer die Kosten der Rücksendung als Konkursforderung anrechnen.

Anm. 115. Der Verkäufer hat seinerseits etwaige Vorschüsse und Anzahlungen, die der Gemeinschuldner bereits geleistet hat, an die Konkursmasse zurückzugewähren (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.). So mit Recht Jaeger § 44 Anm. 26.

Anm. 116. G. **Außerhalb des Konkurses** im Falle eingetretener oder bevorstehender Zahlungseinstellung des Käufers besteht ein Verfolgungsrecht nicht, auch nicht nach Handelsgewohnheitsrecht. Eine entsprechende Anwendung des § 44 KO. ist ausgeschlossen (RG. 31, 137).

Anm. 117. H. **Fragen des internationalen Privatrechts.** Das Verfolgungsrecht steht dem Gläubiger jedenfalls dann zu, wenn es nach dem Rechte des Bestimmungsortes zulässig ist. In diesem Fall steht es ihm auch dann zu, wenn es nach seinem eigenen Rechte ihm nicht zusteht. Er kann die Ware alsdann anhalten, auch wenn sie den Bestimmungsort oder das Rechtsgebiet des Bestimmungsortes noch nicht erreicht hat (RG. 41, 333). Eine grundsätzliche Beantwortung der Frage, nach welchem Recht sich das Verfolgungsrecht richtet, hat das Reichsgericht in dieser Entscheidung abgelehnt.

X. Die Kosten der Erfüllung.

Anm. 118. **Die maßgebende Gesetzesstelle ist § 448 BGB.** Derselbe lautet:

> Die Kosten der Uebergabe der verkauften Sache, insbesondere die Kosten des Messens und Wägens, fallen dem Verkäufer, die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte fallen dem Käufer zur Last.
>
> Ist ein Recht verkauft, so fallen die Kosten der Begründung oder Uebertragung des Rechtes dem Verkäufer zur Last.

Anm. 119. 1. **Der Verkäufer trägt die Kosten der Übergabe.** Unter Übergabe sind die dem Verkäufer obliegenden Übergabehandlungen zu verstehen. Selbstverständlich hat der Verkäufer die Ware auch auf seine Kosten dorthin zu bringen, wo er sie zu übergeben hat. Er trägt also die ganzen Transportkosten, wenn er ausnahmsweise am Wohnsitze des Käufers zu erfüllen hat; regelmäßig aber genügt er seiner Pflicht, wenn er dafür sorgt, daß die Ware am Versendungsorte verladen wird (RG. 1, 283). Die Transportkosten bis zum Bahnhof des Absendungsorts und die Kosten der Verladung am Absendungsorte fallen daher regelmäßig dem Verkäufer zur Last (ROHG. 17, 9). Die Kosten der Versendung selbst fallen dem Käufer ebenso zur Last wie die Kosten der Umladung, die mit einer etwaigen Weiterversendung ver-

Digitized by Google

bunden sind; so auch bei der Klausel „franko ab Bahnhof" oder „franko Bahnhof" des Versendungsortes (ROHG. 16, 16; 17, 9) und bei der Klausel „frei hier" (ROHG. 14, 168; vgl. auch unten Anm. 124). Bei der Cifklausel (§ 346 Anm. 17; Exk. zu § 372 Anm. 31) hat der Verkäufer zwar für Fracht, Versicherung und sonstige Unkosten bis zum Bestimmungsort aufzukommen; daß er die Ware aber frankieren müßte, ist damit noch nicht gesagt (SeuffA. 60, 435). Daß der Verkäufer die Ware immer frachtfrei dem Käufer anbieten müßte, läßt sich auch nicht aus dem Prüfungsrecht des Käufers (Exk. zu § 372 Anm. 46) herleiten. Es gibt Fälle, in denen der Käufer in Vorschuß gehen muß, um die Ware zu erhalten und seine Auslagen dann am Preis kürzen zu können. Die Fobklausel besagt, daß der Verkäufer die Ware auf seine Kosten bis aufs Schiffsdeck zu schaffen hat (§ 346 Anm. 17). Doch sind hier örtliche Einladegebräuche von Bedeutung (vgl. auch oben Anm. 49). So heißt z. B. „fob Stettin lieferbar", wenn die Ware seewärts in Stettin ankommen soll, daß die Kosten der Umladung aus dem Seedampfer in den Oderkahn vom Empfänger zu tragen sind und nicht vom Versender (Riesenfeld Nr. 663). War die Ware zur Versendung „fob Stettin" zu liefern, so muß der Verkäufer die Kosten bis an Bord des Abgangsschiffes tragen (Riesenfeld Nr. 458). Die Bestimmung, daß der Verkäufer franko Waggon des Absendungsortes zu liefern hat, kann je nach Handelsgebrauch und tatsächlicher Lage bald bedeuten, daß der Verkäufer die Ware bis an den Waggon zu bringen hat (ROHG. 8, 284), bald aber auch besagen, daß der Verkäufer noch weiter die Verladung in den Waggon besorgen muß, mag auch der Käufer den Waggon zu stellen haben mag (JW. 99, 261[16]; RG. bei Holdheim 15, 48). Alle diese Klauseln ändern regelmäßig weder den Erfüllungsort noch die Gefahrtragung; sie dienen regelmäßig nur zur Preisbemessung. Exk. zu § 382.

2. **Die Kosten der Abnahme und der Versendung trägt der Käufer.** Das ist nicht umfassend genug ausgedrückt. Richtiger wäre es, zu sagen, daß alles übrige außer der Übergabe auf Kosten des Käufers geschieht. Aus dem so gefaßten Grundsatze folgt: Anm. 120.

a) **Die Kosten der Verpackung treffen den Käufer** (ROHG. 3, 112). Denn die Verpackung geschieht zum Zwecke der Versendung. Also ist hier nur die zur Versendung erforderliche Verpackung gemeint. Die Verpackung der Ware, die nicht zu Transportzwecken erfolgt, sondern um die Ware herzurichten oder auszustatten (z. B. Verpackung in kleinen Kisten, Kartons usw.) gehört zu den Eigenschaften der Ware, die der Verkäufer zu gewähren hat. Der Verkäufer hat keine gesetzliche Übersendungspflicht (oben Anm. 28) und selbst, wo sie ihm nach dem Parteiwillen oder nach Handelsgebrauch obliegt, da enthält die Übersendungspflicht doch nicht die Verpackungspflicht. Vielmehr hat der Käufer die Verpackungsmittel zu beschaffen, und wenn er die Beschaffung dem Verkäufer überläßt, so hat er sie ihm zu erstatten. Daraus folgt: Anm. 121.

α) **Der Verkäufer braucht die Verpackungsmittel nicht umsonst zu liefern.** Besteht die Verpackung in solchen Gegenständen, die verbraucht oder die nicht zurückgeschickt zu werden pflegen, z. B. Heu, Stroh, Papier, Pappdeckel, Bindfaden, einfache Holzkisten, so kann der Verkäufer dafür eine angemessene Vergütung in Ansatz bringen. Bei Gegenständen dagegen, die einen selbständigen, nicht ganz geringfügigen Wert behalten (Säcke, Flaschen) kann er verlangen, daß ihm diese vom Käufer auf dessen Kosten zurückgesendet werden (ROHG. 1, 267; 9, 208). Auch auf seine, des Käufers, Gefahr? Diese Frage ist zu bejahen, da nicht einzusehen ist, wie der Verkäufer dazu käme, die Gefahr der Zurücksendung zu tragen, da doch die ganze Verpackung im Interesse des Käufers geschieht (ROHG. 13, 367; vgl. auch ROHG. 1, 267). Daß bei gerechtfertigter Zurverfügungsstellung die Kosten der Zurücksendung den Verkäufer treffen, liegt auf anderem Gebiete (ROHG. 9, 208). Verzögert der Käufer die Zurücksendung, so muß er den Verkäufer, wenn dieser Kaufmann ist, angemessen entschädigen (ROHG. 9, 208). Es bestehen Handelsgebräuche, denen zufolge nach gewisser Zeit ein bestimmter Betrag als sog. Miete z. B. Sackmiete zu zahlen ist. Hierüber Näheres § 380 Anm. 6. Oft enthalten die Fakturen diesbezügliche Vermerke, insbesondere auch dahin, daß, wenn der Käufer die Zurücksendung Anm. 122.

Digitized by Google

Exk. zu § 382. nicht innerhalb einer bestimmten Frist bewirke, er die Verpackung zu einem bestimmten Preise behalten müsse. Solche Fakturenvermerke sind nicht unbedingt bindend, aber sie enthalten einen Antrag, der den Umständen nach durch Schweigen genehmigt wird (ROHG. 1, 127; 6, 167; Näheres § 380 Anm. 6). Die Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe der Verpackung und auf deren Vergütung ist die zweijährige. Diese Ansprüche sind Auslagen im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB. und bilden einen Teil des Kaufpreises, was die Verjährung angeht (Dernburg I § 177 IV 1; vgl. auch RG. 63, 178).

Anm. 123. β) Ob der Verkäufer die Mühe der Verpackungstätigkeit noch besonders berechnen kann, ist zweifelhaft. Das ROHG. bejaht dies im Zweifelsfalle gemäß § 354, insbesondere aber, wenn die Verpackung besondere Mühe verursacht (ROHG. 3, 114); an einer anderen Stelle betrachtet es diese Vergütung als stillschweigend vereinbarten Zuschlag zum Kaufpreise (ROHG. 14, 27). Demgegenüber ist geltend zu machen, daß § 354 zwar Platz greift, daß aber unter diesen Paragraphen solche Dienstleistungen nicht fallen, für die nichts Besonderes vergütet zu werden pflegt (§ 354 Anm. 6), und dies gilt nach kaufmännischer Anschauung für die Mühe der Verpackung, auch dort, wo sie umständlich ist, wie bei Glaswaren.

Anm. 124. b) **Die Kosten des Transports** hat der Käufer zu tragen, außer wenn der Verkäufer ausnahmsweise am Bestimmungsorte zu erfüllen hat. Das bestimmt unser § 448 BGB. Im allgemeinen ist das oben Anm. 119 Gesagte hier zu wiederholen und hinzuzufügen, daß die Parteien die Vorschrift des § 448 BGB. beliebig abändern können, und daß hier die Handelsgebräuche eine große Rolle spielen. Kommt z. B. die Ware zur See an einem Hafenplatz an, so kann mit der Klausel franko Waggon (des Bestimmungsortes) gewollt sein, daß der Verkäufer die Ausladung aus dem Schiff und die ganze Verladung in die Quaiwaggons vorzunehmen, der Käufer aber das Abrollen und die Umladung in die Abgangsbahn zu besorgen hat (ROHG. 23, 134), so daß der Käufer erst die abrollfähigen Waggons abzunehmen braucht. Es kann mit derselben Klausel aber auch gemeint sein, daß der Verkäufer nur frei von Bord zu liefern hat, so daß der Käufer in den Waggons abnehmen und deren Beladung besorgen muß, also die dazu erforderlichen Kräfte zu stellen hat.

Anm. 125. c) **Die Kosten der Abrollung** am Bestimmungsorte vom Bahnhof nach dem Geschäftslokale des Käufers und die Kosten bahnamtlicher Abfertigung und Verwiegung treffen aus gleichem Grunde den Käufer. Sie gehören zur Abnahme.

Dritter Abschnitt.

Kommissionsgeschäft.

§ 383.

§ 383. **Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waaren oder Werthpapiere für Rechnung eines Anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen.**

Lit.: Breit, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, Leipzig 99; Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels, Wien 79; Jacusiel, Das Recht der Agenten, Makler u. Kommissionäre, Berlin, 2. Aufl.; Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften, Marburg 00. Lit. über das Bankdepotgesetz s. § 368 Anm. 87.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph enthält die Begriffsbestimmung des Kommissionärs.** Die Wirkungen des Kommissionsgeschäfts werden in den folgenden Paragraphen behandelt. Die letzteren sind aber nicht erschöpfend behandelt. Insbesondere gilt dies von den grundsätzlichen Wirkungen des Kommissionsgeschäfts. Diese werden in den Zusätzen zu vorliegendem Paragraphen erörtert.

Digitized by Google

I. **Der Begriff des Kommissionärs im allgemeinen.** Kommissionär ist der, welcher § 383.
es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines Anm. 1.
anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Dieser Begriff ist gegen den früheren Begriff des Art. 360 wesentlich geändert. Der Kommissionär ist nach unserem Paragraphen nicht mehr der, der Handelsgeschäfte in eigenem Namen, aber für Rechnung eines anderen gewerbsmäßig abschließt. Der Begriff Handelsgeschäfte verschwindet vielmehr aus der Begriffsbestimmung. Als Kommissionär gilt nunmehr der, der es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Es ist also eine ganz bestimmte Art von Geschäften, deren gewerbsmäßiger Betrieb in eigenem Namen und für fremde Rechnung die Eigenschaft als Kommissionär und damit die Kaufmannseigenschaft nach § 1 HGB. begründet. Im § 406 Abs. 1 ist im engen Anschluß hieran hinzugefügt, daß, wenn ein Kommissionär ein anderes Geschäft für fremde Rechnung in eigenem Namen zu schließen übernimmt, oder wenn ein sonstiger Kaufmann irgendein Geschäft in dieser Weise zu schließen übernimmt, die Vorschriften über das Kommissionsgeschäft Anwendung finden. Eine Erweiterung der Begriffsbestimmung des Kommissionärs liegt in der Vorschrift des § 406 Abs. 1 nicht. Denn die Geschäfte dieser Art werden nicht zu Kommissionsgeschäften erklärt; es sollen nur, obwohl sie keine Kommissionsgeschäfte sind, doch die Vorschriften dieses Abschnitts Anwendung finden.

Anders verhält es sich mit § 406 Abs. 2. Das hier bezeichnete Geschäft (Lieferung Anm. 2.
einer nicht vertretbaren Sache, zu welcher der Übernehmer den Stoff beschafft) ist als geeigneter Gegenstand eines echten Kommissionsgeschäfts erklärt. Darin liegt eine Erweiterung des im § 383 aufgestellten Begriffs von Kommissionsgeschäft und Kommissionär.

II. **Die einzelnen Bestandteile der gesetzlichen Begriffsbestimmung.**

1. **Wer** es übernimmt, Geschäfte der hier bezeichneten Art zu schließen, ist Kommissionär. Ein Anm. 3.
besonderes Erfordernis für die Vereigenschaftung zum Kommissionär ist nicht aufgestellt. Also kann es jede rechtsfähige Person sein. Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. Für Geschäftsunfähige können gesetzliche Vertreter auftreten. So kann eine Aktiengesellschaft sehr wohl Kommissionärin sein. Der Kommissionär ist Kaufmann (§ 1 Nr. 6).

2. **Zu kaufen oder zu verkaufen** übernimmt der Kommissionär. Die gewerbsmäßige Über- Anm. 4.
nahme des Abschlusses irgendwelchen Handelsgeschäfts macht den Übernehmer nicht zum Kommissionär, sondern nur die gewerbsmäßige Übernahme von Kauf- und Verkaufgeschäften (und auch nur von gewissen Gegenständen, s. unten Anm. 7). Wer andere Geschäfte oder andere Handelsgeschäfte gewerbsmäßig für andere abzuschließen übernimmt, ist nicht Kommissionär und daher auch nicht Kaufmann auf Grund des § 1 Abs. 2 Nr. 6, er kann letzteres allerdings auf Grund des § 2 werden. Umgekehrt brauchen die Kauf- oder Verkaufgeschäfte, deren Übernahme den Übernehmer zum Kommissionär macht, nicht Handelsgeschäfte zu sein. Der Auftraggeber braucht also nicht Kaufmann zu sein. Das Geschäft, dessen gewerbsmäßige Übernahme den Übernehmer zum Kommissionär macht, muß nur, wie gesagt, ein Kauf- oder Verkaufgeschäft über Waren oder Wertpapiere sein. Dabei gilt aber die Übernahme des Abschlusses eines Lieferungsvertrages über eine nicht vertretbare bewegliche Sache, die aus einem von dem Übernehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, als Einkaufs- oder Verkaufskommission im Sinne dieses Abschnitts. Das schreibt § 406 Abs. 2 vor, und es ist diese Vorschrift auch durch § 381 nicht überflüssig gemacht, auch nicht unter Zugrundelegung der Auslegung, welche diesem Paragraphen zu geben ist. Denn danach ist allerdings die Übernahme der Lieferung einer nicht vertretbaren Sache, die aus einem vom Übernehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, wenn diese Übernahme ein Handelsgeschäft ist, als Kauf zu betrachten. Für diesen Fall ist § 406 Abs. 2 allerdings nach unserer Ansicht überflüssig. Aber wenn jene Übernahme kein Handelsgeschäft ist, so ist der Lieferungsvertrag kein Handelskauf, also kein Kaufgeschäft, die Übernahme des Abschlusses eines solchen Lieferungsvertrages also eigentlich keine Kommission. Gleichwohl soll die Übernahme des Abschlusses

Digitized by Google

§ 383. eines solchen Lieferungsvertrages nach § 406 Abs. 2 als Kommission im Sinne des vorliegenden Abschnittes gelten.

Anm. 5. Ist der Übernehmer Kommissionär, so ist jedes Geschäft, das er im Betriebe seines Handelsgewerbes für Rechnung eines anderen, aber in eigenem Namen abschließt, nach den Vorschriften dieses Abschnitts zu beurteilen. Das Gleiche gilt, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, irgendein Geschäft in eigenem Namen, aber für Rechnung eines anderen, abzuschließen übernimmt. Hierüber Näheres zu § 406.

Anm. 6. Schließlich mag noch hervorgehoben werden, daß die Übernahme des Abschlusses von Tauschverträgen direkt unter § 383 fällt. Denn auf den Tauschvertrag finden die Regeln über den Kaufvertrag entsprechende Anwendung (§ 515 BGB.).

Anm. 7. 3. **Waren oder Wertpapiere** müssen Gegenstand des Kaufgeschäfts sein, damit die Übernahme des Abschlusses desselben ein Kommissionsgeschäft ist. Über die Begriffe Waren und Wertpapiere s. § 1 Anm. 38ff. u. Ext. zu § 376 Anm. 4).

Anm. 8. Ist aber der Übernehmer Kommissionär, so ist jede Übernahme des Abschlusses eines Geschäfts für fremde Rechnung, aber auf eigenen Namen, nach den Vorschriften dieses Abschnittes zu beurteilen, auch wenn es eine Ware oder ein Wertpapier nicht betrifft. Wie es in diesem alle kein Kaufgeschäft zu sein braucht, ebensowenig braucht es, wenn es ein Kaufgeschäft ist, oder auch wenn es keins ist, eine Ware oder eine bewegliche Sache zu betreffen, um in Gemäßheit des § 406 nach den Regeln des Kommissionsgeschäfts beurteilt zu werden. Es kann also die Übernahme des Abschlusses eines Geschäfts über ein Grundstück sein, z. B. die Übernahme des Abschlusses eines Grundstückskaufvertrages oder der Bebauung eines Grundstücks für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen.

Anm. 9. 4. **Für Rechnung eines anderen.** Darin liegt der Unterschied vom Propergeschäft. Propergeschäft und Kommission sind oft schwer zu unterscheiden. Man kann den Auftrag haben, eine Ware für jemanden zu besorgen, doch so, daß man sie für eigene Rechnung einkauft und sie dann dem andern käuflich überläßt, oder auch so, daß man für Rechnung des andern abschließt. Ebenso kann man den Auftrag haben, für jemanden eine Ware zu verkaufen, entweder für eigene Rechnung, oder für Rechnung des andern. Der Unterschied in der rechtlichen Wirkung ist der, daß man beim Abschlusse für Rechnung des andern diesem die Vorteile des Geschäfts zuwenden muß und auch auf ihn die Nachteile abwälzen kann, während man bei dem Propergeschäft Vorteil und Nachteil selbst trägt und mit dem Auftraggeber einen selbständigen festen Preis vereinbart. Der Gebrauch des Wortes „Auftrag" entscheidet für das Vorliegen eines Kommissionsgeschäfts nicht, da gerade seine Mehrdeutigkeit häufig die Zweifel veranlaßt (ROHG. 18, 201; vgl. RG. 56, 300), ebenso nicht die Vereinbarung einer Provision oder Kommissionsgebühr, da auch Propergeschäfte so geschlossen werden können, daß ein Zuschlag zum Einkaufspreise gezahlt wird (ROHG. 3, 44; 12, 123; RG. 3, 109; Braunschweig in OLGR. 10, 339), der wohl auch Kommissionsgebühr genannt wird (Bolze 4 Nr. 718). Sehr erheblich für das Kommissionsgeschäft spricht aber die Erteilung oder Ausbedingung von Abrechnungen seitens des Beauftragten über das von ihm ausgerichtete Geschäft, denn das ist eine Rechenschaftsablegung, zu der sich nur versteht, wer für Rechnung eines andern handelt (RG. 5, 87). Entscheidend für den Kaufvertrag dagegen spricht das Anbieten zu festen Preisen und die Ausbedingung eines festen Preises, und zwar so, daß der, der den Verkauf übernommen hat, den beim Verkauf zu erwartenden Vorteil für sich behalten darf (OLG. Rostock ZHR. 36, 265; vgl. Bolze 6 Nr. 497). Andere Rechtsfälle: ROHG. 19, 66; 20, 309; 46, 124. Es darf z. B. davon ausgegangen werden, daß ein Privatmann, der sich an einen Bankier wegen Anschaffung oder Veräußerung von Wertpapieren wendet, regelmäßig die Absicht hat, ihm einen Kommissionsauftrag zu erteilen und nicht die Absicht, mit ihm ein Kaufgeschäft abzuschließen; er sieht daher in dem Bankier den Vertrauensmann, der seine Interessen wahrnehmen soll (RG. 43, 111; JW. 99, 234[22]; vgl. ROHG. 22, 28). Daß der Bankier durch den Vordruck seiner Briefbogen oder in

Digitized by Google

seinen Geschäftsbedingungen sich ein für allemal als Eigenhändler bezeichnet, spricht nicht § 383.
ohne weiteres dagegen (Breit, BankA. 06, 271).

Die Vermutung streitet bei einer Preisvereinbarung jedenfalls gegen die Anm. 10.
Kommission und für den Kauf (ROHG. 18, 199). Diese Vermutung ist bedeutungslos, wenn das Auftreten als Properhändler gegen den vermutlichen Parteiwillen oder gegen Treu und Glauben verstoßen würde; dies wäre z. B. der Fall, wenn der geschäftsführende Gesellschafter eines Konsortiums, das das Aufkaufen gewisser Papiere bezweckt, unter Berufung auf einen Bankgebrauch oder durch die Wendung in seinen Aufgaben an das Konsortium „ich berechne Ihnen" sich die Stellung eines nicht rechnungspflichtigen Properhändlers verschaffen wollte. Kauf liegt bei dem sog. Indentgeschäft vor, inhalts dessen eine in Ostindien oder Ostafrika domizilierende europäische Firma eingeborenen Händlern europäische Ware zu einem in der Landesmünze ausgedrückten Preise zu liefern verspricht (RG. 5, 84; vgl. auch RG. 20, 112; vgl. jedoch hinsichtlich der Konsignationskommission unten Anm. 41).

Liegt Kommission vor, so entsteht im Einzelfall oft die schwierige Frage, Anm. 11.
ob das vom Kommissionär mit dem Dritten geschlossene Geschäft für Rechnung des Auftraggebers geschlossen ist, oder ob es für eigene Rechnung geschlossen ist, um als Selbstkontrahent gegenüber dem Kommittenten eintreten zu können. Das Reichsgericht legt dem Kommittenten, der das Geschäft für sich in Anspruch nimmt, die Beweislast auf (RG. 6, 48). Der Kommissionär dagegen hat keine besondere Beweislast, wenn er nur Geschäfte darlegt, welche den Bedingungen des Kommissionsauftrages entsprechen; darüber hinaus kann ihm nicht der Beweis aufgebürdet werden, daß er die Geschäfte in Beziehung auf den Kommissionsauftrag abgeschlossen habe (RG. 18, 20). Die verschiedene Rechtslage in der Beweislast rührt daher, daß der Kommissionär die Wahl hat zwischen Selbsteintritt und Ausführung durch Abschluß mit dem Dritten. Seine Anzeige von der getroffenen Wahl ist daher entscheidend (vgl. ROHG. 19, 355; RG. 1, 286). Es ist aber der Kommittent zu dem allerdings schwierigen Gegenbeweis zuzulassen, daß das vom Kommissionär mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft als Ausführung der Kommission gemeint gewesen ist. Vgl. Näheres zu §§ 400 ff.

Es kann auch hinterher gültig vereinbart werden, daß ein abgeschlossenes Ge- Anm. 12.
schäft für Rechnung eines andern gelten soll, das hat dieselbe Wirkung, wie ein von vornherein kommissionsweise geschlossenes Geschäft (RG. 5, 86).

5. **Im eigenen Namen.** Das ist der Unterschied vom Vollmachts- oder Vertretungsverhältnis Anm. 13.
(ROHG. 2, 402), und auch vom Agenten- und Maklerverhältnis. Allerdings können Agenten und Makler am Schlusse ihrer Vermittlungstätigkeit auch den Vertrag schließen, aber sie tun es im Namen des Prinzipals. Wenn Agenten und Makler im Geschäftsleben Kommissionäre genannt werden, so ist dies dem HGB. fremd (ROHG. 18, 295). Ob der Beauftragte im eigenen Namen oder im Namen des Machtgebers handeln sollte, entscheidet der Auftrag. Zweifel entstehen hier hauptsächlich durch die Mehrdeutigkeit des Wortes „für". Das ist ein Zweifel ganz anderer Art, als oben Anm. 9. Dort ist zweifelhaft, ob ein Auftrag zum Abschluß eines Kaufs oder ein Kaufvertrag vorliegt, hier steht fest, daß ein Auftrag vorliegt; nur ist zweifelhaft, ob der Auftrag dahin ging, es solle nur für Rechnung des Machtgebers oder auch in seinem Namen abgeschlossen werden. Für jemanden kaufen kann bedeuten: im Interesse des andern kaufen, aber auch: anstatt des andern als Käufer auftreten (hierüber Exk. zu § 361 Anm. 32). Bei der Auslegung ist nach §§ 133, 157 BGB. zu verfahren. Keineswegs braucht der Auftrag zum stellvertretungsweisen Abschluß mit ausdrücklichen Worten erteilt zu werden. Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein Auftrag einem berufsmäßigen Kommissionär als Kommissionär, einem berufsmäßigen Agenten als Agenten erteilt ist (OLG. Dresden ZHR. 40, 525).

Schließt der Kommissionär ohne dahingehenden Auftrag im Namen des Anm. 14.
Kommittenten ab, so braucht der Kommittent das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen, während der Kommissionär dem Gegner als Pseudostellvertreter nach § 179 BGB. haftet

Digitized by Google

§ 383. (ROHG. 22, 25). Schließt der Beauftragte dagegen im eigenen Namen ab, während er im Namen des Machtgebers abschließen sollte, so hat der Kommittent nicht etwa das Recht, ohne weiteres in das Geschäft einzutreten; das ist nur durch Abtretung der Rechte seitens des Beauftragten oder durch Übereinkunft aller drei Interessenten zu erreichen (Bolze 2 Nr. 906).

Anm. 15. Ob der Beauftragte in eigenem oder in fremdem Namen abgeschlossen hat, ist ebenfalls aus den Umständen zu entnehmen; doch ist hier davon auszugehen, daß der, der abschließt, das Geschäft gegen sich gelten lassen muß, so lange, bis er beweist, daß er nicht in eigenem Namen gehandelt hat (hierüber Exk. zu § 58 Anm. 4). Auch der Umstand, daß der Kommissionär seinen Auftraggeber genannt hat, ist nicht immer entscheidend für das Vollmachtsverhältnis (vgl. Exk. vor § 373 Anm. 21); jedenfalls hindert er das Bestehen des Kommissionsverhältnisses nicht, wenn die sonstigen Umstände dafür sprechen (ROHG. 22, 25). Wenn aber der Beauftragte dem Dritten gegenüber erklärt, daß er „für Rechnung" seines Machtgebers handle, so wird hieraus meist entnommen werden müssen, daß er auch im Namen des Machtgebers handle (vgl. Exk. vor § 373 Anm. 84; Hahn § 17 Art. 360; ROHG. 2, 402; 22, 25). Jedoch auch der Gebrauch dieser Wendung läßt im einzelnen Fall eine andere Deutung zu. Wenn z. B. eine Konsortialbank für Rechnung des Konsortiums Zeichnungen entgegennimmt und Schlußnoten „für Rechnung des Konsortiums" ausstellt, so will sie damit nicht sagen, daß sie namens des Konsortiums als dessen Kommissionärin verkauft habe; sie hat vielmehr als Selbstkontrahentin abgeschlossen (RG. 56, 300). Handelsgebräuche sind bei der Willensauslegung mit heranzuziehen (RG. bei Holdheim 04, 104). Daß der Kommissionär seine Provision vom Verkäufer zu beanspruchen hat, schließt noch nicht unbedingt aus, daß er Kommissionär des Käufers ist.

Anm. 16. 6. **Gewerbsmäßig.** Für diesen Begriff gilt das in § 1 Anm. 6 ff. Gesagte. Danach entscheidet sich auch die hier entstandene Streitfrage, ob zum Wesen jedes einzelnen Kommissionsgeschäfts die Entgeltlichkeit gehört. Diese Frage ist zu verneinen. Auch das aus Gefälligkeit übernommene Einzelgeschäft kann zum Zwecke des Gewerbebetriebes übernommen sein (zust. RG. 33, 110). Freilich darf sich die Gefälligkeit nicht aus dem Rahmen des Gewerbebetriebes ganz herausheben und nicht ihre Quelle lediglich in Verwandtschaft oder Freundschaft haben (ROHG. 9, 428).

Anm. 17. Da Gewerbsmäßigkeit gefordert ist, so ist die gelegentlich erfolgte Übernahme des Abschlusses eines Kaufgeschäfts kein Kommissionsgeschäft; es wird jedoch nach den gleichen Regeln beurteilt, wenn es ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes übernimmt (§ 406).

Anm. 18. 7. **Übernehmen** muß die Person den Abschluß der Geschäfte. Es fragt sich, wie dieses Übernehmen rechtlich zu verstehen ist. Gareis, Vorbem. zu § 383 und D. 232 entscheiden sich für Annahme eines Dienstvertrags, dessen Inhalt aber, weil es sich auch um eine Geschäftsbesorgung handelt, durch die Grundsätze vom Auftrag (§§ 662 ff. BGB.) zu ergänzen sei. Sieht man den Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag darin, daß der Übernehmer sich verpflichtet, den Erfolg herbeizuführen, so könnte man angesichts der §§ 396 und 384 versucht sein, an einen Werkvertrag zu denken. Denn nach § 396 erhält der Kommissionär seine Provision nur dann, wenn das Geschäft ausgeführt, also der Erfolg herbeigeführt ist, nach § 384 aber ist er verpflichtet, das Geschäft auszuführen (so Düringer-Hachenburg III: Werkvertrag, der mit Rücksicht auf die Geschäftsbesorgung durch die Grundsätze vom Auftrag zu ergänzen ist). Allein die Vereinbarung der Vergütung nach Maßgabe des Erfolges ist für den Werkvertrag nicht entscheidend, auch ein nach Stücklohn bezahlter Akkordarbeiter schließt darum noch keinen Werkvertrag ab; der § 384 aber legt den Ton nicht darauf, daß der Kommissionär sich verpflichtet, das Geschäft auszuführen, sondern darauf, daß er die Tätigkeit, zu welcher er verpflichtet ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und unter Wahrung der Interessen des Kommittenten auszuüben hat. Sind aber diese beiden Gesetzesstellen nicht entscheidend für den Begriff des Werkvertrages, bleibt vielmehr der Zweifel, ob Werkvertrag oder Dienstvertrag, immer noch bestehen, so erscheint es geboten, sich für den

Digitized by Google

Dienstvertrag zu entscheiden (vgl. über die Unterscheidung zwischen Werk- und Dienstvertrag Planck Vorbem. vor § 611 VIII 3); besonders aber dann, wenn es sich um ein Vertrauensverhältnis handelt, was ja hier in ganz besonderem Maße der Fall ist, und endlich spricht dafür, daß auch die Denkschrift, also der Verfasser des Gesetzbuches, sich dafür entschieden hat. § 383.

Es liegt also ein Dienstvertrag vor, und zwar ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag, auf den gemäß § 675 BGB. eine Reihe von Regeln über den Auftrag Anwendung finden (so auch JW. 05, 20[17]; RG. in ElsLothZ. 29, 195; OLG. Stuttgart WürttJ. 17, 11; unentschieden RG. 53, 371; a. M. Düringer-Hachenburg III 357; Müller BadRpr. 05, 67). Anm. 19.

Zusatz 1. Die grundsätzlichen Wirkungen des Kommissionsgeschäfts.

A. Die obligatorischen Wirkungen.

1. **Zwischen dem Kommissionär und dem Dritten** entsteht ein unmittelbares Rechtsverhältnis. Je nachdem der Kommissionär als Käufer oder als Verkäufer aufgetreten ist, hat er die Rechte und Pflichten des einen oder des andern gegenüber dem dritten Kontrahenten. Anm. 20.

Besonders aber ist zu erwähnen, daß der Kommissionär dem dritten Kontrahenten gegenüber auch zur Geltendmachung der Interesseforderung des Kommittenten ohne weiteres, also ohne Abtretung der Rechte des Kommittenten, befugt ist (ROHG. 11, 260; 14, 400; 22, 253; RG. 12, 112; 27, 126; 40, 174 u. 187). Zur Begründung dieses Anspruchs braucht der Kommissionär nicht darzulegen, daß er dem Kommittenten in diesem Umfange hafte, noch daß der Kommittent die Entschädigung verlange. Wohl aber kann dem Kommissionär von dem Dritten entgegengehalten werden, daß er von seinem Kommittenten nicht in Anspruch genommen werden will oder nicht in Anspruch genommen werden kann. Denn dieses Recht des Kommissionärs darf nicht zu seiner Bereicherung führen. Eine solche Bereicherung des Kommissionärs liegt vor, wenn der Kommittent den Kommissionär nicht haftbar machen will oder kann, und es dem Kommissionär überläßt, gegen den Dritten vorzugehen und das Erstrittene für sich zu behalten (RG. 23, 304; 58, 43). Selbstverständlich kann der dritte Verkäufer einen mit dem Kommissionär abgeschlossenen Kauf nicht deshalb anfechten, weil sich ihm der Kommissionär als Eigenhändler ausgegeben hat. Denn dieser Umstand ist nach dem oben Gesagten unerheblich (OLG. Marienwerder, PostMschr. 01, 185).

2. **Zwischen dem Kommittenten und dem Dritten** entstehen keinerlei Rechtswirkungen. Der Kommissionär wird Gläubiger aus dem mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfte, auch wenn der Dritte wußte, daß der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten handelte (RG. 32, 41; JW. 85, 269[12]; vgl. RG. 58, 43). Der Kommittent kann daher sein Interesse gegen den Dritten ohne Abtretung vom Kommissionär nicht geltend machen (RG. 1, 314; 2, 167). Wegen eines in der Person des Kommittenten entstandenen Irrtums oder wegen einer gegen diesen verübten Täuschung kann das Geschäft nicht angefochten werden (ROHG. 22, 253) und zwar selbst dann nicht, wenn die Klage auf Grund eines vom Kommissionär dem Kommittenten abgetretenen Anspruchs angestrengt ist (ROHG. 17, 78; RG. 27, 127). Hat der Kommittent die Täuschung verübt, so richtet es sich nach § 123 BGB., ob daraus der Dritte ein Anfechtungsrecht herleiten kann. Was die Haftung des Dritten gegenüber dem Kommittenten aus unerlaubter Handlung betrifft, so wird z. B. ein gegen den Kommissionär verübter Betrug den Kommittenten wohl berechtigen, unmittelbar gegen den Dritten auf Schadensersatz zu klagen. Denn das ist, obwohl der Kommissionär nur in seinem eigenen Namen aufgetreten ist, ein unmittelbarer gegen die Rechtssphäre des Kommittenten gerichteter rechtswidriger, unerlaubter Eingriff. Denn der Kommissionär handelte ja nur für dessen Rechnung. Die Haftung aus § 823 BGB. greift hier Platz (vgl. Erk. zu § 349 Anm. 25). Dasselbe ist umsomehr der Fall, wenn der Kommittent durch Betrug des Dritten zur Erteilung der Kommission bestimmt worden ist (vgl. ROHG. 19, 201; 22, 248; RG. 27, 127). Anm. 21.

3. **Das Verhältnis des Kommittenten zum Kommissionär.** Es ist, wie oben Anm. 18 dargelegt, ein Dienstvertrag, und zwar ein solcher über eine Geschäftsbesorgung. Hieraus und aus den Anm. 22.

Digitized by Google

§ 383. folgenden Paragraphen ergeben sich die Einzelheiten des Rechtsverhältnisses zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär. Nur über zwei Punkte muß hier etwas Besonderes gesagt werden.

Anm. 23. a) **Der Widerruf.** Der Kommittent kann das Kommissionsverhältnis, wenn es ein Werkvertrag ist, widerrufen, bis das Geschäft ausgeführt ist (§ 649 BGB.). Sieht man es als Dienstvertrag an, so ist man, um ein jederzeitiges Widerrufsrecht annehmen zu können, auf die §§ 675, 627 BGB. angewiesen (so D. 232; oben Anm. 18). Dann muß man aber die Ausführung des Kommissionsgeschäfts als Dienste höherer Art erachten, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, so daß es keines wichtigen Grundes zum sofort wirksamen Widerruf bedarf (so JW. 05, 20[17]; vgl. auch JW. 99, 234[32]). Erblickt man darin einen Werkvertrag, so wäre, wie gesagt, der Widerruf durch den Kommittenten jederzeit möglich, der Kommissionär könnte jedoch die vereinbarte Vergütung verlangen (§ 649 BGB.) unter Abzug der ersparten Aufwendungen oder dessen, was er durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlassen hat. Da der Vertrag aber ein Dienstvertrag ist, so steht dem Kommissionär, wenn er den Widerruf verschuldet hat, ein Anspruch auf Vergütung nicht zu, soweit seine bisherigen Leistungen für den Kommittenten kein Interesse haben (§ 628 BGB.). Ersatz des verauslagten Einkaufspreises kann der Kommissionär aber immer beanspruchen. Denn daran hat der Kommittent immer Interesse (RG. in ElsLothZ. 29, 195). Über den Widerruf als Willenserklärung siehe Exk. zu § 361 Anm. 15 u. 31.

Anm. 24. *Der Widerruf der Verkaufskommission berechtigt zur Klage auf Rückgabe des Gutes*, zu deren Begründung nicht der Nachweis gehört, daß dem Kommissionär Ansprüche nicht mehr zustehen; vielmehr ist dies Sache des Einwandes des Kommissionärs, und zwar auf Grund seiner Rechenschaftspflicht (ROHG. 5, 282; 7, 382). Der Widerruf setzt voraus, daß das Geschäft noch nicht ausgeführt ist (ROHG. 5, 280). Daß es ausgeführt und der Widerruf daher nicht mehr zulässig sei, hat der Kommissionär zu beweisen, wiederum auf Grund seiner Rechenschaftspflicht (ROHG. 7, 382; 16, 305). Der Widerruf kann auch in der Klage erklärt werden, insbesondere liegt er in der Klage auf Herausgabe des Kommissionsguts (ROHG. 16, 305). Sieht man das Kommissionsverhältnis als ein Dienstverhältnis an, so ist die Kündigung auch seitens des Kommissionärs jederzeit zulässig nach § 627 BGB. Tut er dies ohne wichtigen Grund zur Unzeit, so wird er schadensersatzpflichtig (§ 627 Abs. 2 BGB.). Hat sich der Kommissionär in ein dauerndes Verhältnis zum Kommittenten begeben, so wird an diesen Grundsätzen nichts geändert.

Anm. 25. *Durch den Konkurs des Kommittenten* wird das Kommissionsverhältnis aufgehoben (§ 23 KO.). Sein Inhalt besteht ja lediglich in der Übernahme von Geschäftsbesorgungen. Da diese Übernahmen aufgehoben sind, so ist damit das ganze Kommissionsverhältnis gelöst. Ansprüche des Kommissionärs auf Entschädigung bestehen nicht (§ 396; vgl. § 92 Anm. 12 u. RG. 63, 74); unverschiebliche Geschäfte muß er noch besorgen (§ 672 BGB.). *Durch den Konkurs des Kommissionärs* ist das Kommissionsverhältnis erloschen. Das ist die Auslegung, die dem auf das persönliche und finanzielle Vertrauen gegründeten Vertragswillen zu geben ist (ROHG. 2, 438; a. M. 6./7. Aufl. u. Jaeger § 17 Anm. 3, § 23 Anm. 14). Etwaige Aufträge gelten somit als widerrufen. Daher ist ein Eintritt des Konkursverwalters nach § 17 KO. nicht möglich (vgl. JW. 01, 458[5]). Über das Aussonderungsrecht im Konkurse des Einkaufs- und des Verkaufskommissionärs Näheres bei Jaeger § 43 Anm. 27.

Anm. 26. b) *Die Annahme kollidierender Aufträge* ist dem Kommissionär verwehrt. Das folgt aus seiner ganzen Vertrauensstellung (§ 384 Anm. 8, § 387 Anm. 4; ROHG. 7, 90).

Anm. 27. **B. Die dinglichen Wirkungen des Kommissionsverhältnisses d. h. die Frage des Überganges von Eigentum und Besitz.**

1. *Diese Wirkungen sind im HGB. nicht geregelt. Es entscheiden daher die sonstigen Bestimmungen.* Gegenwärtig befaßt sich damit, soweit es sich um Wertpapiere handelt, § 7 des *Bankdepotgesetzes*, d. h. des Gesetzes betr. die Pflichten der Kaufleute bei Auf-

Digitized by Google

bewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896, nach dem die Absendung des Stückeverzeichnisses vom Kommissionär an den Kommittenten Eigentumsübergang bewirkt. Doch ist hiermit weder eine unbedingte Zeitgrenze, noch eine unbedingte Voraussetzung für den Eintritt des Eigentumsüberganges festgesetzt worden. Vielmehr gelten daneben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Eigentumsübergang, und zwar steht der § 7 des Depotgesetzes mit den sonstigen einschlägigen Vorschriften des Zivilrechts in einem Verhältnisse gegenseitiger Ergänzung: immer kommt die Vorschrift im Einzelfall zur Geltung, nach der der Kommittent das Eigentum früher erwirbt (§ 7 des Depotgesetzes). Außerdem kommen die sonstigen Vorschriften des Zivilrechts bei allen übrigen Gegenständen außer Wertpapieren allein zur Anwendung. § 383.

2. Dies vorausgeschickt, sind nun der § 7 des Depotgesetzes und die Vorschriften des sonstigen bürgerlichen Rechts des Näheren zu betrachten. Anm. 28.

a) Der § 7 des Bankdepotgesetzes bestimmt, daß mit der Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den in § 1 DepGes. verzeichneten Papieren auf den Kommittenten übergeht, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt war. (Über die obligatorische Pflicht zur Absendung des Stückeverzeichnisses und die Folge der Nichtabsendung vgl. § 384 Anm. 46.)

α) Die Absendung des Stückeverzeichnisses entscheidet. Darunter ist der Zeitpunkt gemeint, in dem der Bankier alles getan hat, was von seiner Seite zur Übermittlung der Erklärung an den Kommittenten erforderlich ist, also die Übergabe an den Boten oder die Einwerfung in den Briefkasten oder die Abgabe der Depesche an den Telegraphenbeamten. Dagegen ist es gleichgültig, ob die Nachricht sich bereits auf dem Transport befindet.

β) Das Stückeverzeichnis muß abgesendet sein. Für seine Form schreibt § 3 DepGes. vor, daß es die Gattung, den Nennwert, die Nummern oder sonstigen Unterscheidungsmerkmale enthalten muß. Nicht vorgeschrieben und nicht nötig ist die Unterschrift (Riesser 48). Es ist eben für die obligatorische Verpflichtung der Übersendung des Stückeverzeichnisses, also auch für die dinglichen Wirkungen des übersandten Verzeichnisses nichts weiter erforderlich, als daß es genügende Unterscheidungsmerkmale enthält, um die Grundlage für die Eigentumsübertragung bestimmter Wertpapiere zu bilden. Anm. 29.

γ) Die Absendung des Stückeverzeichnisses bewirkt den Eigentumsübergang, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt war. Darin liegt zunächst eine mit den allgemeinen Rechtsvorschriften übereinstimmende und diese klarstellende Einschränkung, indem daraus hervorgeht, daß die Absendung des Stückeverzeichnisses keine Übergabe im Sinne des § 366 HGB. ist und demgemäß den Kommittenten zum Eigentümer nicht macht, wenn der Kommissionär nicht berechtigt war, über die Papiere zu verfügen, auch wenn der Kommittent dies gutgläubig annahm. Aber andererseits liegt darin eine Erweiterung der zivilrechtlichen Grundsätze über die Eigentumsübertragung. Denn der Kommissionär macht hiernach durch die Absendung des Stückeverzeichnisses den Kommittenten zum Eigentümer der Wertpapiere auch dann, wenn er sie nicht selbst in seinem Besitze hat, sondern nur berechtigt ist, über die Papiere zu verfügen, z. B. wenn er selbst die Papiere in dieser Weise erworben hatte, sie aber noch bei seinem Kommissionär ruhen (vgl. RG. 53, 370). Die im Verzeichnis aufgeführten Papiere müssen aber auch wirklich die angeschafften sein (JW. 03, 160[28] u. 374[9]). Es hat z. B. der Provinzialbankier im Auftrage seines Kunden 1000 Mk. Konsols durch den Zentralbankier angeschafft. Dieser hat ihm ein Stückeverzeichnis übersandt. Der Provinzialbankier ist dadurch Eigentümer, aber nicht körperlicher Besitzer geworden; er könnte also zwar eine Übergabe durch Anweisung, aber nicht ein constitutum possessorium an den Stücken vollziehen, da sie ja nicht in seinem Gewahrsam sind. Aber er überträgt durch die Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum — eine neue Art der Eigentumsübertragung (vgl. RG. 45, 69). Diese Eigentumserwerbsart gilt auch für die Einkaufskommission. Ob die Kommission durch Abschluß mit einem Dritten oder durch Selbsteintritt ausgeführt wird, ist einerlei Anm. 30.

Digitized by Google

§ 383. (Düringer-Hachenburg § 384 S. 365b nehmen an, es sei hier nur eine Besonderheit für den Abschluß mit Dritten gegeben, weil sich beim Selbsteintritt der Eigentumsübergang nach §§ 929ff. BGB., § 366 HGB. vollziehe; allein das Gesetz will nicht unterscheiden; so auch Riesser 51 Fußnote 3). Der § 7 DepGes. bezieht sich nach seinem Wortlaut auch auf Namensaktien, die sonst nur durch Indossament, und auf Kuxe, die sonst nur durch Abtretung übertragen werden können.

Anm. 31. b) Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Diese entscheiden über die dinglichen Wirkungen, insbesondere über den Eigentumsübergang beim Kommissionsgeschäft insoweit, als nicht etwa der § 7 DepGes. im Einzelfalle den Kommittenten in bezug auf den Zeitpunkt des Eigentumserwerbes und dessen Bedingungen günstiger stellt (RG. 53, 368). Der § 7 des DepGes. bezieht sich aber nur auf Wertpapiere. Danach liegt die Sache wie folgt:

a) Der Einkaufskommissionär wird Eigentümer der gekauften Ware. Der Kommittent hat zunächst nur einen vertraglichen Anspruch auf Ausantwortung des Kommissionsgutes, so daß der Kommissionär an sich in der Lage ist, über das eingekaufte Kommissionsgut weiter zu verfügen (OTr. 17, 19; 52, 437; ROHG. 16, 212, 269; 19, 78; vgl. RG. 45, 69). Es müssen also besondere Umstände vorliegen, wenn der Kommissionär unmittelbar für den Kommittenten Eigentum erwerben soll. Dies ist der Fall, wenn der Kommissionär als Stellvertreter des Kommittenten beim Eigentumserwerb gehandelt hat (ROHG. 19, 78; RG. 11, 56; 30, 142; RGSt. 2, 186; Langen 105; Erk. zu § 58 Anm. 35ff.; D. 236).

Anm. 32. Beim Gelderwerb ist regelmäßig Parteiwille, daß der Kommissionär für sich Eigentum erwerben soll. Der Kommissionär kann daher an Geld regelmäßig eine Unterschlagung nicht begehen (RGSt. 3, 150; Langen 75). Im übrigen muß der Kommissionär, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt, dem Kommittenten genau die eingekauften Stücke herausgeben (a. M. 6./7. Aufl.). Es ergibt sich dies daraus, daß der Kommissionär dem Kommittenten unter Rechenschaftsablage das Herausgeben muß, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat (§ 384 Abs. 2). Der Kommissionär belastet den Kommittenten ja auch im Augenblick der Ausführungsanzeige mit dem Kaufpreis. Wäre die beliebige Weiterveräußerung dem Kommissionär gestattet, so wäre jede Einkaufskommission bei vertretbaren Sachen mit einem Marktpreis als Eintritt des Kommissionärs als Selbstverkäufer aufzufassen, und könnte der Kommissionär den ausgeführten Auftrag einseitig in seinem Wesen, nämlich hinsichtlich der Kaufsache, verändern. Das Depotfixen (Veräußerung des Kommissionsgutes in eigenem Interesse), dem die §§ 384, 387 entgegentreten wollen, würde dem Kommissionär gestatten, auf Kosten des Kommittenten zu spekulieren. Dem Kommissionär ist es daher nicht erlaubt, dem Kommittenten nur gleichartige Papiere zu liefern, mag er auch imstande sein, aus seinem Effektenbestand jederzeit gleichartige Papiere, d. h. andere als die eingekauften Papiere, zu liefern (RG. 5, 4; 53, 370; Riesser 52). Kann der Kommissionär die bestimmten Stücke nicht liefern, so hat er auch keinen Anspruch auf Provision und auf Ersatz von Aufwendungen und muß das Erhaltene dem Kommittenten nach den Grundsätzen grundloser Bereicherung nach § 323 Abs. 2, §§ 812 u. 819 BGB. zurückgeben (RG. 53, 371). Den Parteien steht es jedoch frei zu vereinbaren, daß der Kommittent nur Anspruch auf Wertpapiere derselben Gattung haben soll und sich mit der jederzeitigen Leistungsmöglichkeit des Kommissionärs aus der Gattung begnügen muß; es wird dies sogar regelmäßig von dem Bankier durch eine Klausel in seinen Geschäftsbedingungen vorgesehen (RG. 5, 1; 19, 159; 35, 46; vgl. BayObLG. im Recht 03, 582[3042]). Dieses Einverständnis kann auch stillschweigend erfolgen, z. B. indem der Kommittent sich mit einer allgemeinen Ausführungsanzeige ohne Stückeverzeichnis begnügt und den Geschäftsverkehr längere Zeit, ohne Aufklärung zu begehren, fortsetzt. Auch aus sonstigen Umständen, z. B. daraus, daß auf Mitteilung eines Stückeverzeichnisses gehörig verzichtet wird und der Kommissionär keine genügende Sicherheit für sein Risiko hatte oder in Vorschuß gehen soll, können Schlüsse gezogen werden. Weiteres s. zu § 384 Anm. 46 u. 47 und, wenn ein Verwahrungs-

Digitized by Google

oder Pfandvertrag vorliegt, Exk. zu § 424 Anm. 5. Solange keine Besitzübertragung erfolgt ist, ist der Kommittent nicht Eigentümer, und solange kann der Kommittent an den Papieren kein Pfand bestellen (vgl. RG. 45, 69), auch im Konkurse des Kommissionärs kein Aussonderungsrecht geltend machen, sondern nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger auftreten, sollte er das Kommissionseinkaufsgut auch schon bezahlt haben (ROHG 7, 23; Laband ZHR. 9, 458). § 383.

Zur Besitz- und Eigentumsübertragung auf den Kommittenten bedarf es eines besonderen Übergabeaktes, wozu allerdings auch die Besitzübergabe des § 930 BGB., das constitutum possessorium, genügt. Dieses kann der Kommissionär auch mit sich selbst als auftragloser Geschäftsführer des Kommittenten nach § 181 BGB. vollziehen. Und im Zweifel ist er verpflichtet, die Übergabe mindestens in dieser Weise zu vollziehen; es ist dazu nichts weiter erforderlich, als daß irgendwie nach außen erkennbar geworden ist, daß er den Besitz oder das Eigentum auf den Kommittenten übertragen wollte, also Aussonderung der Stücke, z. B. gesonderte Verwahrung, Einlegung in eine besondere Mappe, die mit dem Namen des Kunden versehen ist, Bezeichnung des Umschlags mit dem Namen des Kunden (RG. 52, 130) oder als Depot des Kunden (RG. 63, 16). Es genügt überhaupt jeder Akt, der sich in äußerlich hervortretender Weise als Inverwahrungsnahme für den Kunden darstellt (RG. 63, 405). Weiter geht das Reichsgericht (bei Gruch. 47, 987; Urt. v. 3. 2. 03). Es läßt das Eigentum auf den Kommittenten schon in dem Augenblick übergehen, in dem es der Kommissionär erwirbt. Es wird dort gesagt: Kommittent und Kommissionär vereinbaren im Voraus ein constitutum possessorium; in Erfüllung dieses Verhältnisses erwirbt der Kommissionär das Eigentum für den Kommittenten durch den Erwerb vom Dritten. Allein der Vollzug des constitutum possessorium mit sich selbst erfordert stets ein erkennbares Handeln (D. 237; Exk. zu § 58 Anm. 13, 15), und zur Annahme einer Stellvertretung durch den Kommittenten gehören besondere Umstände, aus denen sich das Vertretungsverhältnis ergibt (oben Anm. 31 und unten Anm. 35; vgl. Exk. zu § 58 Anm. 37). Anm. 33.

Einer Anzeige an den Kommittenten, daß die Aussonderung geschehen ist, bedarf es nicht einmal, um diesen Übergabeersatz wirksam zu machen, so daß der Kommittent durch diese Spezialisierung unter Umständen früher das Eigentum erwirbt, als nach § 7 des DepGes. (vgl. RG. 63, 405; denn der Kommissionär schließt mit sich selbst ab). Unter Umständen aber auch später; denn zur Spezialisierung ist naturgemäß erforderlich, daß der Kommissionär die Stücke in seinem Gewahrsam hat, während die Übersendung des Stückeverzeichnisses nach § 7 DepGes. das Eigentum auch dann überträgt, wenn der Kommissionär den Gewahrsam nicht hat, sofern er nur berechtigt ist, über die Stücke zu verfügen (oben Anm 30). Anm. 34.

Auch in der Weise ist eine Übergabe möglich, daß der Kommissionär einen auf bestimmte Stücke laufenden Vermerk in seine Handelsbücher macht und dem Kommittenten eine allgemeine Mitteilung zugehen läßt, daß er die Effekten für ihn in Verwahrung nehme (ROHG. 25, 250; RG. 11, 60). Daß er dem Kommissionär gerade die Nummern der Stücke angegeben haben müßte, ist nicht erforderlich (RG. 45, 69; vgl. JW. 03 Beil. 46). Auch durch Abtretung des Herausgabeanspruchs kann die Übergabe erfolgen (§ 931 BGB.). Anm. 35.

Daß der Verkaufskommissionär nicht ohne weiteres Eigentümer des Kommissionsgutes wird, ist selbstverständlich. Anders, wenn er erklärt, als Selbstkontrahent einzutreten. Dann wird er im Augenblick der Selbsteintrittserklärung Eigentümer, aber auch schon früher. Sobald er über das Kommissionsgut verfügt, greifen die Vorschriften über den Schutz gutgläubigen Erwerbes zugunsten des Erwerbers Platz (§§ 932 ff. BGB.; § 366 HGB.). Dabei ist, woran hier erinnert werden mag, der Erwerber als redlich zu betrachten, auch wenn er wußte, daß der Kommissionär als solcher veräußert, also nicht notwendig Eigentümer sein muß oder gar nicht Eigentümer ist. (Vgl. Anm. 18 ff., Anm. 32 ff., Anm. 60 ff. zu § 366.)

Digitized by Google

§ 383. Ohne Übertragung auf den Erwerber kann eine Veränderung des Eigentums an den
Anm. 36. einem Kommissionär zum Verkaufe anvertrauten Sachen durch deren untrennbare Vermischung und Vermengung mit anderen, dem Auftraggeber nicht gehörenden Sachen bewirkt werden. Zu einer solchen Vermischung ist der Kommissionär im Zweifel nicht berechtigt. Erfolgt sie gleichwohl, so entsteht unter den bisherigen Eigentümern Miteigentum nach dem Verhältnisse des Werts, den die Sachen zur Zeit der Verbindung hatten (§§ 948 Abs. 1; 947 Abs. 1 BGB.), außer wenn eine der Sachen nach der Verkehrsanschauung als Hauptsache anzusehen ist, in welchem Falle das Eigentum an der Nebensache untergeht und der Eigentümer der Hauptsache alleiniger Eigentümer des Produkts der Vermischung wird, während er dem früheren Eigentümer der Nebensache nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung haftet (§§ 947 Abs. 2; 951 Abs. 1 BGB.). Über alles dieses vgl. Langen 110. Ihm ist auch darin beizutreten, daß die gleichen Grundsätze bei barem Gelde gelten, nur daß an barem Gelde wohl schwerlich eine Verkaufskommission bestehen wird, und selbst wenn eine solche besteht, so wird die Absicht wohl sicherlich dahin gehen, daß der Kommissionär das ihm übersandte Geld mit eigenem oder fremdem vermischen kann, wenn er nur die einzutauschenden Münzen eintauscht und an den Kommittenten übersendet. Praktisch wird die Frage, wenn der Verkaufskommissionär den eingezogenen Erlös vom Augenblick der Zahlung an für den Kommittenten als dessen Eigentum in Besitz genommen und, ohne selbst das Eigentum an den Geldstücken erwerben zu wollen, mit den Geldern seiner Geschäftskasse zusammengeworfen hat. Alsdann entsteht Miteigentum des Kommittenten und des Kommissionärs am Ganzen, dessen Teilung durch Ausscheiden des entsprechenden Geldbetrages stattfindet (vgl. RG. 24, 316).

Anm. 37. **Zusatz 2. Welches örtliche Recht findet auf das Kommissionsverhältnis Anwendung?** Da es sich um einen auf Geschäftsbesorgung gerichteten Vertrag handelt, für diesen aber in den wesentlichen Punkten die Regel vom Auftrag gelten sollen, so ist in dieser Hinsicht anzunehmen, daß die Regeln vom Auftrag Anwendung finden. Die Kommission ist also dort zu erfüllen, wo das kommittierte Geschäft zu erfüllen ist und nicht dort, wo der Kommissionär seinen Wohnsitz hat; denn der Ort, an dem der Auftrag zu vollziehen war und vollzogen worden ist, ist auch für die Gegenansprüche des Kommissionärs der Erfüllungsort. Dort und nicht am Wohnort des Kommittenten ist aber auch der Erfüllungsort des Kommittenten (RG. 23, 413; 37, 268; JW. 95, 129[18]; 00, 19[22]; 271; RG. bei Gruch. 44, 870; a. M. 6./7. Aufl.; die auf Grund von Bolze 1 Nr. 34, 36, 37; 2 Nr. 22; 4 Nr. 26 glaubte, annehmen zu können, daß immer am Wohnsitz des Kommissionärs zu erfüllen sei; Leonhardt Erfüllungsort, Berlin 07, 112 und 151 nimmt als Schuldort für den Kommittenten dessen Wohnsitz und als Schuldort für den Kommissionär den Erfüllungsort des kommittierten Geschäfts an). Der Ort, von dem aus der Kommittent Ersatz für auftragsgemäße Verwendungen machen muß, ist keinesfalls Sitz der Obligation (RG. 12, 35; JW. 00, 19[22]). Es kommt auch das Recht zur Anwendung, an dem das aufgetragene Geschäft zur Ausführung gelangen soll. Wenn also der Kommissionär für den Kommittenten An- und Verkäufe in Paris auszuführen hatte, so ist Paris der Sitz der Obligation (Exk. zu § 372 Anm. 7; RG. 12, 34; 37, 268; JW. 96, 284[19]; 00, 19[22]; französisches Recht ist maßgebend; a. M. 6./7. Aufl.). Nur wenn der Kommissionär als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer eingetreten war, hat im Zweifel er und der Kommittent am Ort seiner (des Kommissionärs) Handelsniederlassung zu erfüllen (Exk. zu § 372 Anm. 9; § 400 Anm. 23; RG. 10, 91; JW. 92, 125[6]; 96, 103[7]; 00, 19[22]). Nach dem Rechte des Erfüllungsortes richtet sich auch die Verjährung (Exk. zu § 372 Anm. 8).

Anm. 38. **Zusatz 3. Über das Zustandekommen des Kommissionsverhältnisses** gilt nichts Besonderes. Doch ist darauf aufmerksam zu machen, daß für das Zustandekommen von Geschäftsbesorgungsverträgen, zu denen ja der Kommissionsvertrag gehört (oben Anm. 19), Besonderes gilt, nämlich wenn einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über Besorgung solcher Geschäfte von jemandem zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht (§ 362), und wenn einem Kaufmann ein Auftrag über die Besorgung von

Digitized by Google

Geschäften von jemandem zugeht, demgegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten § 383.
hat (§ 362) — in diesen beiden Fällen gilt Schweigen, d. h. Unterlassen unverzüglicher Ablehnung als Annahme des Antrages —; ferner in dem Falle, daß, ohne daß der Tatbestand des § 362 HGB. vorliegt, jemandem ein Geschäftsbesorgungsauftrag zugeht, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich oder dem Auftraggeber dazu erboten hat (§ 663 BGB.) — in diesem Falle gilt zwar das Schweigen, das Unterlassen unverzüglicher Ablehnung nicht als Annahme, verpflichtet aber zum Schadensersatz. — Über das Nähere siehe zu § 362.

Dazu ist aber ferner zu bemerken, daß im Börsenverkehr regelmäßig telegraphische Ab- Anm. 39.
lehnung erforderlich sein wird, damit der Auftrag noch während der Börsenzeit einem anderen Kommissionär erteilt werden kann (vgl. Exk. zu § 361 Anm. 37 ff.).

Kommissionsaufträge, die sofort auszuführen sind, werden durch die Ausführung ange- Anm. 40.
nommen (Volze 2 Nr. 916; vgl. Exk. zu § 361 Anm. 66 und 69). Dagegen besteht eine allgemeine Pflicht zur Übernahme von Kommissionen für den Kommissionär nicht. Doch kann sie durch Handelsgebrauch in gewissem Umfange bestehen. Sie besteht z. B. nach den Anschauungen des Handelsstandes für den Bankier insoweit, als er bei Spekulationsgeschäften verpflichtet ist, das Geschäft auszuführen, durch welches das schwebende Engagement gelöst wird, und welches daher das Risiko des Bankiers nicht erhöht (JW. 97, 471[35]), sondern vermindert, sowie überhaupt alle die Geschäfte, die der Kommittent aufgibt, und durch die ein durch ein vereinbartes Depot gedeckte Risiko nicht erhöht wird (vgl. ROHG. 15, 282; Volze 12 Nr. 390).

Zusatz 4. Die Konsignationskommission. Gibt ein Kaufmann einem andern Kaufmann Anm. 41.
Waren, die er diesem übersendet, zum Zwecke überseeischen Verkaufs in „Konsignation", so kann das auf diese Weise entstandene Vertragsverhältnis verschiedenen Inhalt haben. Ergibt sich aus dem Abschluß selbst und aus den begleitenden Umständen kein anderer Vertragswille und besteht auch kein Handelsgebrauch, so ist nicht eine Verkaufskommission nach § 383, sondern eine bloße Exportkommission gewollt, die sich nach § 406 beurteilt. Der Warenempfänger ist dann Exportkommissionär (Konsignatar), d. h. er hat als Kommissionär neben den Pflichten des Spediteurs nur noch die weitere Verpflichtung übernommen, an dem überseeischen Bestimmungsorte der Ware Verkaufskommissionäre aufzustellen, diesen die Kommissionsaufträge des Konsignationskommittenten (Konsignanten) zu übermitteln, die erforderlichen Nachrichten zu erteilen, Rechenschaft zu legen, Auskunft über den Verkauf zu geben und seine Rechte gegen die überseeischen Kommissionäre dem Konsignationskommittenten zu übertragen und diesem bei Verwirklichung dieser Rechte behilflich zu sein (ROHG. 8, 121). Dieser Auftrag darf nicht gegen den Willen des Kommittenten vom Konsignatar einem anderen Exporthaus weiter übertragen werden. Die Folgen einer Zuwiderhandlung trägt der Konsignatar (RG. 63, 301). Daß er in diesen Punkten die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes aufgewendet hat, muß er beweisen (ROHG. 11, 146). Bei Prüfung der Rechnungsnachweise tritt hier jedoch eine etwas freiere Prüfung ein (ROHG. 22, 77). Das entspricht der Natur der Sache. Der überseeische Konsignationskommissionär kann aber auch in ein unmittelbares Verhältnis zu dem Kommittenten treten, so daß der Kommittent den Kauferlös unmittelbar von dem überseeischen Konsignationskommissionär als Schuldner zu fordern hat. Ein solcher Eintritt erfordert eine entsprechende, mit Zustimmung des Kommittenten erfolgte Willenserklärung des Auslandskonsignatars dahin, daß er die Rechte und Pflichten des Exportkomissionärs zu den seinigen mache (§ 421 BGB.). Eine dahingehende Willenserklärung liegt stillschweigend vor, wenn der Exportkommissionär eine seiner überseeischen Filialen als Konsignationskommissionär aufstellt (RG. 5, 11). Alsdann ist der Kommittent mit dem ausländischen Konsignatar durch einen echten Verkaufskommissionsvertrag verbunden, wie ein solches Verhältnis auch schon von Anfang an für den überseeischen Verkauf hergestellt werden kann (vgl. RG. 63, 303). Ist nach dem Parteiwillen — es bedarf zu einer solchen Annahme schlüssiger Umstände — mit der Konsignation eine überseeische Verkaufskommission (also nicht eine bloße Exportkommission) erteilt, so hat der Verkaufskommissionär damit den Verkauf über See selbst zu be-

Digitized by Google

§ 383. sorgen, und ist ganz wie ein Verkaufskommissionär nach § 383 zu behandeln. Der Konsignatar hat die Aufwendung erforderlicher Sorgfalt, auch bezüglich seiner dem Kommittenten erteilten Ratschläge (RG. im Recht 02, 155), nachzuweisen, muß sich also bei Eintritt eines Schadens für den Kommittenten entlasten. Er ist entlastet, wenn er nachweist, daß trotz Aufwendung der durch die damaligen Umstände gebotenen Sorgfalt der Schaden sich nicht verhindern ließ, also ein unabwendbares Ereignis den Schaden verursacht hat (s. ROHG. 17, 238). Zu der erforderlichen Sorgfalt gehört es auch, daß der Konsignatar nicht, wenn ihm der überseeische Verkauf nicht gelingt, die Ware ohne Einholung der Weisungen des Konsignanten zurückkommen läßt (RG. 30, 132). Er muß auch, wenn es im Auslande zufolge von Beanstandung der Ware zu einer nicht beabsichtigten Verwertung kommt, die vorherige Feststellung der Beschaffenheit der Konsignationsware, soweit tunlich, ermöglichen (§ 388; ROHG. 19, 103). Der Konsignatar darf auch nicht das ihm gesetzte Preislimit überschreiten (§ 386 Anm. 1). Verkauft er gegen den Willen des Konsignanten, so hat er den Schaden zu ersetzen (ROHG. 4, 203). Wenn nach § 386 der Kommittent sowohl für die Einkaufs- wie für die Verkaufskommission bei Limitüberschreitungen seine unverzügliche Mißbilligung aussprechen muß, so ist hier überseeischen Verhältnissen Rechnung zu tragen (hierüber § 386 Anm. 6). Garantiert der Kommissionär bei der Konsignationskommission einen bestimmten Preis, so ist von ihm damit die Gefahr des Nichtverkaufs zu diesem Preise übernommen, einerlei ob die Ware überhaupt verkauft wurde, oder ob sie nicht verkauft werden konnte, etwa weil sie unverkäuflich war. Der Kommissionscharakter bleibt aber trotz dieser Garantieübernahme unverändert. Der Kommissionär darf daher nicht etwa durch Zahlung des garantierten Preises die Ware nun für eigene Rechnung zu höheren Preisen absetzen, noch kann der Kommittent ohne weiteres den garantierten Preis fordern. Der Kommittent muß dem Kommissionär angemessene Zeit zum Verkauf lassen (Hamburg OLGR. 9, 276). Mit einer Konsignation kann auch ein Delkredereestehen verbunden sein (§ 394; vgl. RG. 63, 302; Hamburg OLGR. 10, 340); auch widerspricht es dem Wesen der Konsignation nicht, wenn der Preis franko oder fob eines inländischen Seehafens gestellt ist (Hamburg OLGR. 10, 340).

Anm. 42. **Zusatz 5. Der Pacotillevertrag**, eine Art der überseeischen Verkaufskommission, besteht darin, daß Seeleute sich verpflichten, die in ihren Koffern mitgenommenen Waren des Auftraggebers in eigenem Namen aber für Rechnung des Auftraggebers auf ihrer Fahrt zu verkaufen. Der angegebene Preis hat hier im Zweifel nicht die Bedeutung eines Limitos, sondern es gilt die Setzung eines Limitos nur als Wunsch (Grünhut 47).

§ 384.

§ 384. Der Kommissionär ist verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen.

Er hat dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere von der Ausführung der Kommission unverzüglich Anzeige zu machen; er ist verpflichtet, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und ihm dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.

Der Kommissionär haftet dem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts, wenn er ihm nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

Lit.: wie zu § 383.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt im allgemeinen die Verpflichtungen des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten.** Im Abs. 1 ist ihm die Verpflichtung auferlegt, das Geschäft sorgfältig auszuführen, dabei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und seine Anweisungen

Digitized by Google

zu befolgen, im Abs. 2 ist ihm die Verpflichtung auferlegt, dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben und Rechenschaft abzulegen und den Vorteil des Geschäfts an den Kommittenten abzuliefern. Im Abs. 3 ist die Rechtsfolge der Unterlassung einer hauptsächlichen Anzeige aufgestellt. § 384.

Dabei ist nicht außer acht zu lassen, daß auch schon bei Erteilung des Kommissionsauftrages der Kommissionär verpflichtet ist, in entsprechender Weise aufzutreten, d. h. das Interesse dessen, der ihm seine Interessen anvertraut, zu wahren. Diese letztere Pflicht ist die erste.

I. **Schon bei der Auftragserteilung darf der Kommissionär nicht gegen das Interesse des Kommittenten handeln.** Er muß sich bewußt sein, daß es ein Vertrauensverhältnis ist, das eingegangen werden soll. Schon das Erteilen des Kommissionsauftrages ist eine Vertrauenssache, und der Kommissionär darf daher schon bei der Erteilung des Kommissionsauftrages nichts tun, was einer Verletzung der Interessen des Kommittenten gleichkommt. Er darf daher nicht durch Verheimlichung oder falsche Angaben den Kommittenten dazu bestimmen, ihm einen Auftrag zum Einkaufe zu einem höheren Preise zu erteilen, wenn er bereits ein Angebot auf Erwerbung zu einem niedrigeren Preise hat (RG. 43, 113; vgl. § 387 Anm. 4). Er muß bei dem Rate oder der Auskunft, die er dem Kommittenten bei Erteilung des Kommissionsauftrages gibt, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beobachten (RG. 19, 100; 27, 123; OLG. Hamburg in ZHR. 40, 525). Mit dieser Sorgfalt ist es besonders streng zu nehmen, wenn der Bankier seinem eine Kapitalanlage suchenden Kunden aus freien Stücken den Rat erteilt, den Einkaufsauftrag auf andere Papiere zu ändern, für deren Unterbringung der Bankier eine Emissionsbonifikation bezieht (RG. in BankA. 6, 93). Er haftet hierbei auch für die Versehen und Vergehen seiner Gehilfen und Bevollmächtigten, da es sich um eine rechtsgeschäftliche Pflicht, also um eine Erfüllungspflicht handelt, obwohl es eine Tätigkeit bei Abschluß eines Vertrages ist (vgl. Erk. zu § 58 Anm. 26). Auch die Mitteilungen seiner Agenten muß er nachprüfen (vgl. JW. 98, 365[24]). Anm. 1.

II. (Abs. 1.) **Die Pflicht zur Ausführung des Geschäfts mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns unter Wahrung der Interessen des Kommittenten und Befolgung seiner Anweisungen.** Anm. 2.

1. **Er hat das Geschäft auszuführen.** Richtiger würde es heißen: er hat den Auftrag durch Abschluß des kommittierten Geschäfts auszuführen. Es kann aber die Absicht der Parteien auch dahin gehen, daß der Kommissionär das Geschäft nicht bloß abzuschließen, sondern auch zu erfüllen hat. So z. B. wenn der Verkaufskommissionär die Ware zugesendet erhält; alsdann gehört es zu seinen Pflichten, auch die Übergabe der Ware an den Käufer zu bewirken. Oder es kann der Einkaufskommissionär beauftragt sein, die eingekaufte Ware zu übernehmen und für Übersendung an den Kommittenten Sorge zu tragen. Das ist alles Tatfrage (vgl. ROHG. 1, 84; 20, 316). Bei Wertpapieren, die der Bankier auf Grund der Einkaufskommission in Verwahrung oder Depot nimmt, besteht die Pflicht der Auslosungskontrolle (OLG. Frankfurt, ZHR. 38, 227). Hat sich der Kommissionär eine Sicherheit für sein Risiko hinsichtlich der von ihm abzuschließenden Geschäfte bestellen lassen, so kann er nicht nachträglich Erhöhung mit der Begründung verlangen, daß er das Risiko zu niedrig angenommen habe (JW. 91, 275[16]).

Über die Zeit der Ausführung lassen sich allgemeine Regeln nicht geben; unter Umständen folgt schon aus der Art des gewählten Korrespondenzmittels (Telegraph), daß sofortige Ausführung verlangt wird. Börsenkommissionen müssen an der Börse des Tages, an dem der Auftrag eingeht, erledigt werden. Der Kommissionär kann nicht Anschaffungen als in Ausführung eines späteren Auftrags gemacht, anrechnen. Er kann das nur, wenn er als Selbstkontrahent eintritt, oder wenn der Kommittent zustimmt (JW. 86, 319[17]). Anm. 3.

In der Regel hat der Kommissionär das Geschäft selbst auszuführen. Übertragung der ganzen Kommission an einen andern ist ihm regelmäßig nicht gestattet. Bei Verletzung dieses Grundsatzes muß er für die Folgen einstehen (RG. 63, 304). Gehilfen und Bevollmächtigte kann er sich aber regelmäßig zugesellen (OLG. Breslau, Recht 04, 50[256]). Anm. 4.

Digitized by Google

§ 384. Über die Haftung für deren Versehen gilt hier dasselbe, wie in den Anm. 27—31 im Exk. zu § 58. Für den Kommissionär besonders gilt die Entscheidung ROHG. 11, 146. Über die Stempelpflicht bei Ausführung des Ankaufs durch einen ausländischen Kommissionär s. RG. 46, 106.

Anm. 5. 2. **Er hat die Weisungen des Kommittenten zu befolgen.** Der Auftrag ist für den Kommissionär oberste Richtschnur. Er muß es daher, wenn ihn der Kommittent sicherstellt, auf Weisung des Kommittenten auf einen Rechtsstreit mit dem Dritten ankommen lassen, wenn der Rechtsstreit nicht ganz aussichtslos ist (RG. 47, 121). Gegen den Willen des Kommittenten darf er überhaupt nicht handeln. Ausdrückliche Befehle muß er befolgen. Tut er dies, so ist er von der Verantwortlichkeit frei; tut er dies nicht, so braucht der Kommittent das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen und der Kommissionär haftet noch obendrein für Schadensersatz (§ 385) und kann sich nicht damit entschuldigen, daß er in gutem Glauben war, er handle zum Vorteil des Kommittenten (ROHG. 6, 313; RG. 6, 53; JW. 85, 269[12]); unbeschadet allerdings der Verpflichtung, durch Erteilung der erforderlichen Nachrichten auf Änderung der erhaltenen Weisungen hinzuwirken (unten Anm. 10). Unter welchen Umständen er von den Weisungen des Kommittenten abweichen darf, darüber s. zu § 385.

Anm. 6. *Abschluß zu günstigeren Bedingungen ist regelmäßig keine Abweichung*, weil der Auftrag meist dahin auszulegen ist, daß die aufgegebenen Bedingungen, *wenn möglich*, zu erzielen sind (ROHG. 12, 187); indessen kann auch nach dieser Richtung eine unbedingte Weisung vorliegen, so z. B. wenn der Kommittent ein besonderes Interesse daran hat, besonders niedrige Preise festzusetzen, etwa um seinem Artikel schnell ein Absatzgebiet zu verschaffen (Hahn § 10 zu Art. 361).

Anm. 7. *Der Inhalt des Auftrages ist nach §§ 133 u. 157 BGB. auszulegen.* Insbesondere ist in Ermangelung abweichender Abreden das Geschäft in der am Orte der Niederlassung des Kommissionärs üblichen Weise auszuführen, bei Börsengeschäften also so, daß beide Kontrahenten, der Kommissionär und der Dritte dort zu erfüllen haben (Bolze 8 Nr. 355; s. jedoch § 383 Anm. 37). Der Auftrag „bestmöglichst zu verkaufen", schließt nicht die Ermächtigung in sich, in Auktion verkaufen zu lassen, das ist nicht der geordnete Weg zur Verwertung einer Ware (OLG. Hamburg ZHR. 38, 226). Der Kommissionär verfügt damit auf eigene Rechnung über die Ware.

Anm. 8. 3. **Er hat das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen.** Dies muß dem Kommissionär höher stehen als das seinige. Bei widerstreitenden Interessen hat er jenem den Vorzug zu geben (JW. 01, 408[30]; Hahn Art. 361 § 5). Er darf daher z. B. den Verkauf der Ware nicht unterlassen, um sein Pfandrecht zu schützen (ROHG. 10, 187). Das ist überall da wichtig, wo er besondere Weisungen nicht hat, oder wo er in statthafter Abweichung von der Weisung handelt. Aufträge beider Parteien darf der Kommissionär nur dann nicht annehmen, wenn beide Aufträge miteinander unverträglich sind (§ 396 Anm. 9; § 383 Anm. 26; vgl. ROHG. 7, 91). Solche Unverträglichkeit darf er nicht, um das Geschäft zu machen, verschweigen; sonst handelt er arglistig. Mit einem Handelsbrauch, der die Annahme sich widerstreitender Aufträge zulassen soll, kann sich der Kommissionär nicht verteidigen. Ein solcher Brauch wäre ein nicht zu beachtender Mißbrauch (RG. 4, 295). Dagegen ist es nichts Besonderes, daß der Kommissionär der einen Partei seine Vergütung von der anderen Partei zu erhalten hat.

Anm. 9. 4. **Mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes.** Das folgt daraus, daß der Kommissionär Kaufmann ist (§ 1 Nr. 6). Daß er jene Sorgfalt angewendet habe, muß, wenn der beabsichtigte Zweck des Geschäfts nicht erreicht ist, er, der Kommissionär, beweisen. Das folgt aus seiner Rechenschaftspflicht (ROHG. 8, 34; 10, 189; 14, 401; 19, 215; 25, 73). So verletzt der Kommissionär, dem der Kommittent die Fehler der Sache verschwiegen hat, seine Pflicht regelmäßig nicht, wenn er bei Benutzung einer günstigen Verkaufsgelegenheit dem Käufer das Fehlen von Mängeln zusichert (Colmar OLGR. 9, 275). Ist die ihm zugesicherte Bonifikation für Unterbringung von Aktien eines Unternehmens ungewöhnlich hoch (2 Prozent bei Hypothekenbankaktien), so muß er sich über die Sicherheit des Unternehmens erkundigen, ehe

Digitized by Google

er den Auftrag zum Ankauf solcher Aktien ausführt (RG. im BankA. 06, 201). Eine Umkehrung der Beweislast kann jedoch infolge von Verzögerungen des Kommittenten eintreten (ROHG. 21, 262) und überhaupt, wenn der Kommittent dem Kommissionär schuldhafterweise die Beweisführung unmöglich gemacht oder erschwert hat (vgl. RG. 20, 6 u. § 377 Anm. 127). Die Rechtsfolge der Verletzung der Sorgfaltspflicht ist die Verpflichtung zum Schadensersatze, soweit nicht andere Rechtsfolgen angeordnet sind, vgl. §§ 385, 386 (§ 347 Anm. 11). Zur Aufwendung gehöriger Sorgfalt gehört auch, daß der Kommissionär größere Geldsummen nicht übermäßig lange in eigenen Händen behält (vgl. RG. 56, 149). Mitwirkendes Versehen des Kommittenten kann auf die Pflicht zum Schadensersatze von Einfluß sein (§ 254 BGB.; § 347 Anm. 12). Doch ist auch hierbei davon auszugehen, daß der Kommissionär bemüht sein muß, die Folgen der Versehen des Kommittenten abzuwenden (ROHG. 4, 205), wobei es darauf ankommt, inwieweit der Kommissionär die eigene Sachkunde des Kommittenten unterstellen durfte (OLG. Frankfurt, BankA. 06, 215). § 384.

III. (Abs. 2.) **Er hat dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere ihm die Ausführung des Auftrags unverzüglich anzuzeigen.** Anm. 10.

1. Die **erforderlichen Nachrichten** sind außer der hier hervorgehobenen Anzeige über die Ausführung des Auftrags die Nachrichten über alle Umstände, die für den Kommittenten in Ansehung des Geschäfts von Wichtigkeit sind, die für ihn bestimmend sein können, um hinsichtlich des Geschäfts Anordnungen zu treffen, so insbesondere über den Zustand der Ware bei ihrem Eintreffen (ROHG. 22, 78), vornehmlich aber von Veränderungen der Sachlage (Hahn § 7 zu Art. 361): in bezug auf die Preiskonjunkturen, die Zahlungsfähigkeit der bezeichneten Abnehmer, die eingetretene Schwierigkeit von Transportverhältnissen, erhebliche Tatsachen über die Beschaffenheit des einzukaufenden Gegenstandes (RG. 27, 123) usw. Die Angabe der gekauften bestimmten Sache, insbesondere der gekauften Nummern der Wertpapiere, gehört nicht, wie Willenbücher Art. 361 Anm. 3 meint, zu den erforderlichen Nachrichten, die der Kommissionär unaufgefordert geben muß, sondern zur Auskunftserteilung, die er auf Erfordern zu geben hat. Vgl. unten Anm. 18. Anders liegt die Sache bei der Kommission zum Einkauf von Lospapieren.

2. **Insbesondere die unverzügliche Ausführungsanzeige.** Anm. 11.

a) Die Anzeige ist sofort zu machen. Das bedeutet hier dasselbe, wie in § 377, d. h. jeder durch den ordnungsmäßigen Geschäftsgang nicht gerechtfertigte Verzug schadet. Im Börsenverkehr wird meist telegraphische Benachrichtigung erforderlich sein. Bei Spekulationsgeschäften ist oft solche Schnelligkeit nötig, daß 2 Tage eine zu lange Frist sein werden (RG. 14, 123; unten Anm. 14).

b) Die Anzeige braucht nur abgesendet zu werden. Die Gefahr der Ankunft der Anzeige trägt der Kommittent. Nur muß natürlich die Absendung ordnungsmäßig erfolgen: also mittels des richtigen Transportmittels (Post oder Telegraphie) und mittels richtiger Adresse. Der eingeschriebene Brief braucht gewöhnlich nicht gewählt zu werden. Das ist hier nicht geschäftsüblich. (So auch Förtsch Anm. 7 zu Art. 361). Anm. 12.

c) Die Ausführungsanzeige darf nicht nur einen allgemeinen Inhalt haben. Sie muß vielmehr den Namen des Dritten, mit dem das kommittierte Geschäft geschlossen wurde, enthalten, oder sie muß erkennen lassen, ob der Kommissionär als Selbstkontrahent eingetreten ist. Ist sie so allgemein gehalten, daß sie nur die Anzeige enthält, das Geschäft sei ausgeführt, so gilt sie als Anzeige des Abschlusses mit einem Dritten (§ 405). In diesem Falle, sowie in dem Falle, daß sie zwar die Anzeige des Abschlusses mit einem Dritten enthält, den Dritten aber nicht namhaft macht, tritt die Rechtsfolge des Abs. 3 ein (vgl. unten Anm. 32). Anm. 13.

d) Unterlassung der unverzüglichen Anzeigepflicht berechtigt den Kommittenten regelmäßig zum Anspruch auf Schadensersatz, sie bewirkt nicht Nichtigkeit des Geschäfts (ROHG. 11, 43), berechtigt auch nicht zum Widerruf des Geschäfts (Bolze 2 Nr. 910) und hat nicht zur Folge, daß der Kommissionär seiner Ansprüche (auf Vorschuß und Auslagen) ohne weiteres Anm. 14.

Digitized by Google

§ 384. verlustig geht (Bolze 2 Nr. 912). Auch kann vor der Anzeige der Kommissionär jedenfalls keinen Anspruch gegen den Kommittenten erheben. Unter Umständen kann die Unterlassung der Anzeige allerdings auch zur Folge haben, daß der Kommittent das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. Das ist dann der Fall, wenn nach Lage der Sache die Ausführungsanzeige zur Ausführung des Geschäfts selbst gehört, z. B. wenn der Abschluß in das Ermessen des Bankiers gestellt ist (ROHG. 18, 317; 22, 183; RG. 14, 123; a. M. Cosack § 43 II 2b). Hier liegt erst in der Ausführungsanzeige dem Kommittenten gegenüber die Kundgebung des Willens des Kommissionärs, das Geschäft für ihn machen zu wollen.

Anm. 15. 3. **Unaufgefordert** muß der Kommissionär die erforderlichen Nachrichten geben. Eine Erkundigungspflicht des Kommittenten besteht nicht (ROHG. 18, 313; 22, 183). Über die Rechenschaftspflicht s. unten Anm. 17.

Anm. 16. 4. **Hat der Kommissionär eine erforderliche Nachricht nicht gegeben,** so wird er schadensersatzpflichtig. Mitunter hat es auch zur Folge, daß der Kommittent das Geschäft nicht anzuerkennen braucht (vgl. oben Anm. 14). Hat er gar eine falsche Nachricht gegeben oder einen unsachgemäßen Rat unter Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, so wird er sicher schadenersatzpflichtig (JW. 99, 234[32]; oben Anm. 1 u. 9).

Anm. 17. IV. (Abs. 2.) **Er muß dem Kommittenten Rechenschaft über das Geschäft ablegen.** Daß nur auf Erfordern Rechenschaft abzulegen sei, läßt sich nicht behaupten (a. M. 6./7. Aufl.). Das Umgekehrte dürfte nach § 666 BGB. die Regel sein. Vor der Rechenschaftserteilung besteht auch kein Anspruch auf Provision (§ 614 BGB., § 394; vgl. JW. 07, 479[11]).

1. Der Begriff der Rechenschaftsablegung geht weiter, als der der Rechnungslegung. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung umfaßt die Verpflichtung zu jeder Auskunft und Ausweisung, die den Umständen nach erforderlich ist, unter Umständen auch zur vollständigen Rechnungslegung mit Belegen (§ 259 BGB.); hierwegen kann der Kommissionär sogar zur Leistung des Offenbarungseides gezwungen werden (§§ 666, 675, 259 BGB.). Die Rechenschaft ist sofort nach vollständiger Ausführung des Geschäfts und, wenn das Kommissionsverhältnis früher beendigt wird, sofort nach Beendigung des Auftrags zu geben (§ 666 BGB.; s. RG. 56, 118). Der Konkursverwalter des Kommissionärs hat, da der Konkurs das Kommissionsverhältnis beendigt (oben Anm. 25), wohl über den Bestand des Kommissionslagers und die Außenstände, nicht aber über solche Verkäufe Rechenschaft zu geben, die vor der Konkurseröffnung stattgefunden haben (JW. 01, 458[6]; KG. in OLG. 2, 33). Letzteres ist Sache des Gemeinschuldners.

Die Rechnung selbst muß eine erschöpfende, übersichtliche Darstellung aller Geschäfte enthalten. Im einzelnen bestimmt sich die Art der Erfüllung der Rechenschaftsablage zunächst nach den besonderen Vereinbarungen, z. B. nach den genehmigten Bankbedingungen; im übrigen nach den Geschäftsgebräuchen und nach der Verkehrssitte (§ 242 BGB.; § 346; RG. im Recht 05, 312[1443]).

Anm. 18. 2. Zur Auskunftserteilung gehört insbesondere die Bezeichnung der gekauften bestimmten Sachen, bei Wertpapieren die Angabe der Nummern (RG. 5, 6) und in allen Fällen die Nennung dessen (nicht nur des Kommissionärs), mit dem das Geschäft geschlossen wurde (OTr. 20, 158), nicht aber auch der Nachweis, daß die abgeschlossenen Geschäfte wirklich von vornherein für den Kommittenten bestimmt gewesen waren und sich als solche, etwa durch Eintragung in die Bücher, ausgewiesen hätten (OLG. Hamburg ZHR. 36, 266). Es genügt, wenn der Kommissionär solche Verträge als für Rechnung des Kommittenten gehend nachweist, die in allen Teilen dem Auftrag und der Ausführungsanzeige genügen (RG. 18, 21; JW. 03, 374[9]). Oft läßt der Kommissionär mehrere Einkaufsaufträge zusammenkommen, um die Abschlüsse erst nachher auf die einzelnen Aufträge zu verteilen. Man kann also nicht verlangen, daß jeder einzelne Abschluß schon von vornherein zur Ausführung gerade dieses einzelnen Auftrags bestimmt gewesen sein müßte. Ältere Abschlüsse können natürlich für spätere Aufträge nur auf dem Wege des Selbsteintritts verwendet werden, wenn nicht eine abweichende Vereinbarung getroffen ist (JW. 86, 319[17]). Vgl. auch § 401 Anm. 6ff. Die

Digitized by Google

Vorlage der Bücher allein ist noch nicht die hier geforderte Auskunftserteilung (ROHG. 2, 384. 434; 13, 40). Die Unterlassung oder Verweigerung einer Auskunft verletzt die Vertragspflicht, stellt aber an sich noch nicht ein Verschweigen im Sinne der Unterdrückung einer wahren Tatsache im Sinne des § 263 StGB. dar. Nur besondere Umstände können eine andere Beurteilung begründen (JW. 04, 303[15]).

3. **Belege** hat der Kommissionär insbesondere dann beizubringen, wenn er im Besitze von schriftlichen Belegen ist oder sie ohne Schwierigkeit beschaffen kann (ROHG. 22, 4); es sei denn, daß es sich um übliche und unbedeutende Dinge handelte (Stempel, Kosten, Courtage, Lagergeld, Prämie; ROHG. 10, 187). Zu den Belegen gehören insbesondere die Originalfakturen (RG. 21, 80; OLG. Hamburg ZHR. 38, 226). Unbedingt erforderlich sind die Belege für die Rechnungslegung nur, soweit sie erteilt zu werden pflegen (§ 259 BGB.). Im übrigen folgt aus deren Nichterbringung nur, daß die betreffende Ausgabe so lange nicht geltend gemacht werden kann, als sie nicht anderweit bewiesen wird (ROHG. 7, 92). Durch die Schwierigkeit der Beibringung der Belege darf die Rechnungslegung selbst nicht hinausgeschoben werden (RG. 56, 116). Durch Vertrag kann, wie dies z. B. im Giroverkehr der Reichsbank festgesetzt ist, von Beibringung besonderer Belege entbunden werden (RG. 54, 333). Anm. 19.

4. **Ein Anspruch auf Büchereinsicht**, der wegen der besonderen Rechenschaftspflicht des Kommissionärs einen andern rechtlichen Charakter hat, als beim Agenturverhältnis (§ 91 Anm. 4), kann dem Kommittenten nicht grundsätzlich versagt werden. Im allgemeinen führt der Kommissionär seine Bücher in seinem eigenen Interesse; sie sind daher für den Kommittenten keine gemeinschaftlichen. Es fehlt darum an den Voraussetzungen des § 810 BGB., wenn der Kommittent zum Zweck der Nachprüfung der gestellten Rechnung die Offenlegung der Geschäftsbücher des Kommissionärs über den ganzen gegenseitigen Geschäftsverkehr verlangt (ROHG. 2, 129; RG. 15, 380). Es müßte eine solche Offenlegung auch zu unerträglichen Folgen führen. Auch dann steht dem Kommittenten der § 810 BGB. nicht zur Seite, wenn er sich mit der Ausführungsanzeige des Kommissionärs hinsichtlich eines einzelnen Geschäfts nicht begnügen, sondern an Hand der Bücher nachprüfen will, ob der Kommissionär nicht zu günstigeren Bedingungen abgeschlossen hat. Die Ausführungsanzeige §§ 384, 405 und die Übergabe der Abschlußpapiere genügt hier; es fehlt dem Kommittenten an einem rechtlichen Interesse an einer Bucheinsicht (vgl. RG. 18, 20). Wohl aber kann der Kommittent Bucheinsicht verlangen, wenn ihm bestimmte Zahlungen in der Abrechnung nicht gutgebracht sein sollten. In diesem Falle handelt es sich um eine fremde Urkunde, in der die Beurkundung hinsichtlich des der Zahlung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses vorgenommen worden ist (§ 810 BGB.; vgl. RG. 56, 112). Es ist danach auch nicht ausgeschlossen, daß ein ähnlicher Gedankengang zu einer Büchervorlegungspflicht führen kann, wenn mit hinlänglicher Bestimmtheit ausreichend glaubhaft gemacht wird, daß eine Ausführungsanzeige oder eine einzelne Abschlußnachweisung Mißtrauen verdient (RG. 18, 23). Bloße Vermutungen reichen dazu nicht hin. Es muß auch zwischen dem Bucheintrag und dem klar zu stellenden Rechtsverhältnis ein erheblicher, objektiver und unmittelbarer Zusammenhang bestehen (RG. bei Gruch. 49, 834). An dieser Unmittelbarkeit fehlt es, wenn die Bucheinsicht nicht zur Prüfung der Rechnung, sondern zu andern Zwecken begehrt wird (vgl. Gruch. 49, 832). Dabei ist zu berücksichtigen, daß da, wo die Buchauszüge lediglich die Bucheinträge wiedergeben, ein rechtliches Interesse, die Bücher selbst zu sehen, nicht vorhanden ist. Das rechtliche Interesse fehlt ferner, soweit die gestellte Rechnung anerkannt ist. Über die durch § 45 ermöglichte Vorlegung der Handelsbücher zur Einsicht durch den Gegner siehe dort. Wird auf einen solchen Gerichtsbeschluß hin die Büchervorlage verweigert, obgleich sie hätte erfolgen müssen, so kann nun auf Grund des § 286 ZPO. auf die Wahrheit der tatsächlichen Behauptungen geschlossen werden, die durch die Büchervorlage bewiesen werden sollte (RG. bei Holdheim 15, 108). Anm. 20.

5. **Die Rechenschaftspflicht besteht auch dann, wenn der Kommissionär del credere steht** (OTr. 20, 162). Anm. 21.

Digitized by Google

§ 384. Anm. 22. 6. Die Rechenschaftspflicht besteht auch dann, wenn der Kommissionär das Geschäft nicht vollständig ausführt (vgl. RG. 56, 118).

Anm. 23. 7. Der Einwand, daß der Kommittent dem Kommissionär (aus einem andern Geschäft) seinerseits Rechenschaft zu geben hat, ist nicht stichhaltig (vgl. ROHG. 16, 48; OLG. Stuttgart WürttJ. 17, 11).

Anm. 24. 8. Von mehreren gemeinschaftlich Berechtigten kann jeder die Rechenschaft an die Gemeinschaft geltend machen als Individualrecht (OTr. 22, 136; vgl. § 432 BGB.).

Anm. 25. 9. Die Rechnungslegungspflicht ist erledigt mit der Abwicklung des Geschäfts (StrA. 40, 103). Die Abwicklung ist noch nicht immer mit Honorierung der einzelnen zugesendeten Schlußnoten und Aufgaben geschehen (vgl. JW. 03, 374[9]; vgl. § 400 Anm. 22). Wohl aber ist mit Billigung des Schlußsaldos abgewickelt. Umfaßt das Kommissionsverhältnis eine Reihe von Geschäften oder erstreckte sich das Verhältnis auf einen längeren Zeitraum, und ist über gewisse Geschäfte oder Perioden Rechnung gelegt, so ist darüber bei der Schlußabrechnung nicht nochmals Rechnung zu legen (RG. bei Gruch. 49, 834). Die Pflicht zur Rechnungslegung erledigt sich ferner, wenn der Kommissionär zur Rechnungslegung außerstande ist, weil er die erforderlichen Unterlagen nicht oder nicht mehr besitzt (RG. 14, 200 u. 205; JW. 94, 133[65]). Hat diese Unmöglichkeit ihren Grund in einem vom Kommissionär zu vertretenden Verschulden, so macht er sich schadensersatzpflichtig, aber rechnungspflichtig ist er nicht. Diese Unmöglichkeit der Rechnungslegung ist damit noch nicht dargetan, daß der Kommissionär das Geschäft nicht durch seine Bücher laufen ließ. Zur weiteren Aufbewahrung der Belege ist der Kommissionär nach der Abwicklung regelmäßig nicht verpflichtet; jedoch unter besonderen Umständen, wenn die Gutschriften nach Lage der Sache nur als vorläufige zu betrachten waren, kann auch aus der Unterlassung der nachträglichen Aufbewahrung dem Kommissionär ein Vorwurf gemacht werden; aber auch hier nicht immer, vielmehr ist die Tatsache der bereits gelegten Rechnung nicht außer Betracht zu lassen (RG. 21, 82). Der Pflicht zur Aufbewahrung der Belege ist der Kommissionär ferner überhoben, wenn der Kommittent sich bei der Rechnung ohne Belege beruhigt; es würde Treu und Glauben widerstreiten, wenn er sie nach längerer Zeit fordern würde, nach deren Ablauf der Kommissionär zur Beschaffung außerstande ist (ROHG. 4, 352; 10, 191). Nach vorbehaltlos genehmigter Rechnungslegung kann der Kommittent auch nicht mehr Angabe des Dritten fordern, mit dem der Kommissionär abgeschlossen hat (Bolze 1 Nr. 949). Doch kann erneute wahrheitsgemäße Rechnungslegung und Auskunft verlangt werden, wenn der Kommissionär erwiesenermaßen eine falsche Auskunft erteilt hat (Bolze 2 Nr. 913). Um die Unrichtigkeit der Grundlage der gestellten Rechnung nachzuweisen, braucht der Kommittent nicht den wirklichen Sachverhalt in allen Einzelheiten darzutun (so ROHG. 19, 357 u. 363; RG. 6, 48). Es genügt der Nachweis, daß die Rechnungsgrundlage überhaupt eine falsche ist (JW. 85, 356[22]).

Anm. 26. 10. Der Anspruch auf Rechnungslegung verjährt in derselben Weise, in der der Hauptanspruch verjährt.

Anm. 27. 11. Die Pflicht zur Rechnungslegung kann auch erlassen werden, im voraus oder nachträglich. Einen nachträglichen Verzicht erblickt das RG. z. B. darin, daß der Kommittent jahrelang die Anzeigen des Kommissionärs entgegennahm und auch nach Aufhören der Geschäftsverbindung Jahre vergehen ließ, ohne nähere Auskunft zu verlangen (Bolze 8 Nr. 435). Bei nachgewiesener Unredlichkeit aber wird dieser Erlaß hinfällig (ROHG. 17, 209; Bolze 8 Nr. 435).

Anm. 28. V. (Abs. 2.) **Er hat dem Kommittenten herauszugeben, was er, und folgeweise der Kommittent, aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.**

1. Der Rechtsgrund der Leistung ist der Kommissionsauftrag und die Ausführung des kommittierten Geschäfts. Diesen Rechtsgrund hat der Kommittent zu beweisen, insbesondere, daß die verlangte Sache aus dem kommittierten Geschäft herrührt (Hahn Art. 361 § 2[0]). Bei einer species braucht hierzu nichts weiter dargetan zu werden, als die Erteilung des Auftrages auf Beschaffung der Sache und der Erwerb der Sache durch den Kommissionär. Daß

Digitized by Google

der Erwerb gerade in Erledigung des Auftrages erfolgt sei, hat der Kommittent nicht mehr zu beweisen, vielmehr müßte alsdann der Kommissionär den Gegenbeweis führen (ROHG. 15, 264). Das gleiche muß gelten, wenn es sich um ein genus handelt, das gewisse Besonderheiten an sich trägt, und wenn das vom Kommissionär abgeschlossene Geschäft der Kommission genau entspricht (Hahn Art. 361 § 20). § 384.

2. Gegenstand der Leistung ist die Ablieferung der vereinnahmten Gelder, die Rückzahlung nicht verbrauchter Vorschüsse, die Abtretung der Forderungen, die Indossierung oder sonstige Übertragung von Wechseln, die Übertragung der erworbenen Sachen zum Eigentum und die Übergabe der Pfänder. Hieraus folgt das Verbot des sog. Depotfixens (§ 383 Anm. 32). Hat der Kommissionär zu günstigeren Bedingungen abgeschlossen, so gebührt der Vorteil dem Kommittenten (§ 387; OG. Wien, Adler-Clemens Nr. 892). Anm. 29

3. Die Leistungsart; insbesondere Transportgefahr und Erfüllungsort. Für Geldsendungen gilt in beiderlei Hinsicht zugunsten des Kommissionärs, daß er dort, wo das kommittierte Geschäft zu erfüllen ist, also häufig an seinem Wohnorte zu erfüllen, allerdings für Absendung des Geldes Sorge zu tragen hat, aber nicht auf seine Kosten und Gefahr (§ 383 Anm. 17). Bei Sachen, insbesondere Wertpapieren, gilt gegen ihn ebenfalls die Pflicht der Übersendung, wenigstens an auswärtige Kommittenten (ROHG. 20, 303), aber ebenfalls nicht auf seine Kosten und ohne Transportgefahr (ROHG. 1, 84). Über den Erfüllungsort s. das Nähere zu § 383 Anm. 37. Das Gericht des Erfüllungsortes ist nach § 29 CPO. zuständig für Klagen gegen Kommittenten und Kommissionär (RG. 10, 91; 23, 413). Sind die Tatsachen, die zur Begründung des erhobenen Anspruchs behauptet werden müssen, dieselben, wie die Tatsachen, die zur Begründung der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts behauptet werden müssen, so ist ein Nachweis für die die Zuständigkeit begründenden Behauptungen nicht nötig (RG. 29, 371; JW. 96, 103 [7]; 00, 271 [1]; vgl. Erk. zu § 372 Anm. 40). Anm. 30.

4. Die Folgen der Nichtleistung. Die Folgen der Zögerung sind Ersatz des Zögerungsschadens, bei Geldzahlungen insbesondere Verzugszinsen. Bei Sachleistungen ist der Schade besonders darzulegen. Es kann insbesondere bei Wertpapieren der Kommittent nicht einfach die Kursdifferenz bis zum Ablieferungstage verlangen, vielmehr muß dargetan werden, daß der Kommittent wirklich das Wertpapier verkauft haben würde (ROHG. 9, 138; 11, 17). Darüber, ob der Kommittent beim Erfüllungsverzuge des Kommissionärs ein Rücktrittsrecht hat, siehe § 397 Anm. 11. Anm. 31.

5. Die Klage auf die Leistung setzt nicht die Klage auf Rechnungslegung voraus. Vermag der Kommittent sein Guthaben auch ohne Rechnungslegung zu beziffern, so kann er es einklagen (ROHG. 5, 228; 12, 367) und dem Kommissionär die Geltendmachung höherer Gegenansprüche überlassen (ROHG. 7, 379; Hahn Art. 361 § 17 Anm. 34). Die Klage auf Leistung setzt auch nicht etwa die vorherige Befriedigung des Kommissionärs voraus, sondern es kann der Klageantrag auf Herausgabe gegen Zahlung Zug um Zug gerichtet werden (ROHG. 5, 287). Es kann sogar in der Klage, wenn gleichzeitig auf Rechnungslegung oder auf Leistung des Offenbarungseides geklagt wird, die bestimmte Bezeichnung des Herauszugebenden bis zur Leistung des Offenbarungseides vorbehalten werden (§ 254 CPO.). Des Nachweises eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Rechnungslegung oder Leistung des Offenbarungseides bedarf es nicht. Denn diese Klage ist keine Feststellungsklage nach § 256 CPO., sondern eine Leistungsklage. Daher ist das auf Rechnungslegung oder auf den Offenbarungseid lautende Urteil kein Urteil dem Grunde nach (§ 304 CPO.), sondern ein Teilurteil nach § 301 CPO. (RG. 56, 119; 58, 59). Anm. 32.

Ob im Prozesse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär die Vorlegung der Handlungsbücher des Kommissionärs verlangt werden kann, darüber vgl. § 45 und über das Recht auf Büchereinsicht überhaupt oben Anm. 20.

VI. (Abs. 3.) Die Folgen der Nichtnamhaftmachung des Dritten bei der Ausführungsanzeige. Anm. 33.

1. Die Vorschrift greift in allen Fällen Platz, in denen der Auftrag als durch Abschluß mit dem Dritten ausgeführt gilt, also a) einmal dann, wenn der Kommissionär

Digitized by Google

§ 384. erklärt hat, er habe das Geschäft durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt, den Dritten aber nicht namhaft gemacht hat; ferner b) dann, wenn der Kommissionär nur im allgemeinen die Ausführung des Geschäfts angezeigt hat (das ist der Fall des § 405 Abs. 1); endlich c) dann, wenn der Kommissionär einen Dritten namhaft macht, aber nicht den richtigen Dritten; denn auch in diesem Falle hat er den Dritten, nämlich den wahren dritten Kontrahenten nicht namhaft gemacht. Dabei ist zu a) zu bemerken, daß eine Namhaftmachung dann vorliegt, wenn die Bezeichnung des Dritten so deutlich ist, daß der damit verbundene Zweck erreicht werden kann, nämlich die Ergreifung der Maßregeln, die mit Rücksicht auf die Person des Käufers oder Verkäufers zur Sicherung der Vertragserfüllung geeignet sind (RG. 23, 103). Die Bezeichnung an Herrn Müller oder an Herrn Fritz Schulze in Berlin wird nicht genügen (Breit 192). Zu b) ist zu bemerken, daß unser Abs. 3 nicht etwa zu der Annahme führen kann, als trete die Haftung nur ein, wenn der Kommissionär tatsächlich mit einem Dritten abgeschlossen hat.

Die Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall der unterlassenen Ausführungsanzeige (Breit 190).

Anm. 34. **Der Einfluß des Irrtums** ist in den einzelnen Fällen ein verschiedener. Nach früherem Recht wurde angenommen, daß die Erklärung, man habe mit dem Dritten abgeschlossen, nachträglich zurückgenommen werden könne, wenn man beweise, sie beruhe auf Irrtum, und daß alsdann noch der Selbsteintritt erklärt werden könne (RG. 6, 54 und Anm. 1). Dies kann auf den jetzigen Rechtszustand nicht ohne weiteres übertragen werden.

a) Macht der Kommissionär eine allgemeine Ausführungsanzeige, so ist der Selbsteintritt jedenfalls abgelehnt. Denn dieser muß ausdrücklich erklärt sein, und das ist nicht geschehen, gleichviel aus welchem Grunde (§ 405 Anm. 3—5). Der Kommissionär kann nicht einwenden, er habe in Wahrheit eintreten wollen; denn dazu gibt es eben eine bestimmte Form, die nicht beobachtet ist. Die Nichtbeobachtung der Form hat aber gleichzeitig die Folge, daß die allgemeine Ausführungsanzeige als Erklärung des Abschlusses mit einem Dritten gilt, und auch diese Folge kann der Kommissionär nicht mit dem Einwande abwenden, er habe dies nicht erklären wollen. Denn diese Folge tritt von selbst, von Gesetzes wegen, unabhängig von seinem Willen ein (RG. 53, 363). Er kann auch nicht sagen, er hätte die allgemeine Ausführungsanzeige nicht gewählt, wenn er gewußt hätte, daß er mit einem Dritten nicht abgeschlossen habe. Das ist Irrtum im Beweggrund. Breit 202 will das nicht gelten lassen; er behandelt diesen Fall ebenso, wie den zu b, und will darauf keinen Wert legen, daß im Falle a) eine allgemeine Ausführungsanzeige vorliegt, die nicht eine Anzeige ist, daß mit einem Dritten abgeschlossen sei, sondern deren Rechtsfolgen nur dieselben sein sollen, wie die einer Anzeige, es sei mit einem Dritten abgeschlossen.

Anm. 35. b) Zeigt der Kommissionär an, er habe mit einem Dritten abgeschlossen, sagt aber nicht, mit wem, so kann er diese Erklärung zurücknehmen, wenn sie erweislich auf Irrtum beruht. Damit wendet er natürlich auch die Folge ab, daß er für das Geschäft haftet. Er kann vielleicht auf Schadensersatz haften, weil er überhaupt nicht ausgeführt hat, und es kann auch der Kommittent das Geleistete nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung wegen Nichtausführung der Kommission zurückfordern (JW. 03, 374[9]). Aber er kann in den geeigneten Fällen nachträglich durch Abschluß mit einem Dritten oder auch durch Selbsteintritt ausführen.

Anm. 36. c) Zeigt er an, daß er mit einem Dritten abgeschlossen hat, benennt aber einen unrichtigen Dritten, so kann er diesen Irrtum berichtigen. Der Selbsteintritt ist in solchem Falle abgelehnt und die Folge des Abs. 3, Haftung auf Erfüllung, ist abgewendet. Anders natürlich, wenn seine Angabe bewußt unrichtig war (vgl. wegen des Irrtums in der allgemeinen Ausführungsanzeige oben Anm. 34).

Anm. 37. 2. Die Folge der Nichtnamhaftmachung ist: Haftung für die Erfüllung des Geschäfts. Mit anderen Worten: der Kommittent hat das Recht, den Kommissionär auf Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen.

a) Der Kommittent hat das Recht dazu. Verpflichtet ist er nicht, von diesem Rechte Gebrauch zu machen. Er kann sich vielmehr, wenn er dies vorzieht, und es der Wahrheit

Digitized by Google

entspricht, auf den Standpunkt stellen, daß der Kommissionär in Wahrheit mit einem Dritten nicht abgeschlossen habe, und infolgedessen die Kommission als nicht ausgeführt betrachten, und das Geschäft zurückweisen. Denn den Selbsteintritt hat der Kommissionär in solchem Falle durch die Form seiner Ausführungsanzeige jedenfalls abgelehnt, mag die Anzeige dahin lauten, das Geschäft sei mit einem Dritten abgeschlossen, oder nur allgemein, das Geschäft sei ausgeführt. Denn auch in letzterem Falle gilt dies als Erklärung des Abschlusses mit einem Dritten. In beiden Fällen aber gilt der Selbsteintritt als abgelehnt (§ 405 Anm. 3—5). Hat nun aber der Kommissionär mit einem Dritten nicht abgeschlossen, so ist das Geschäft überhaupt nicht ausgeführt, und dies kann der Kontrahent geltend machen (Motive zum Börsengesetz 72; vgl. RG. 6, 54; JW. 03, 374[9]). Der Kommittent kann den Kommissionär auch fernerhin als Kommissionär gelten lassen, hat er dies in schlüssiger Weise getan, z. B. die Abrechnung genehmigt, so kann er von dieser Erklärung nicht mehr zurücktreten (vgl. RG. 20, 113). § 384.

b) Macht der Kommittent von seinem Rechte Gebrauch, so tritt eine Haftung des Kommissionärs für die Erfüllung des Geschäftes ein. Diese Haftung hat einen verschiedenen Charakter, je nachdem das Geschäft tatsächlich durch Abschluß mit einem Dritten abgeschlossen ist oder nicht (a. M. Düringer-Hachenburg III 366 u. Müller BadRpr. 05, 68, die in beiden Fällen eine Schuldübernahme für gegeben ansehen). Anm. 38.

Hat der Kommissionär das Geschäft tatsächlich durch Abschluß mit einem Dritten abgeschlossen — diesen Dritten namhaft zu machen, ist der Kommissionär verpflichtet, wie er ja zu jeder Rechenschaft dem Kommittenten verpflichtet ist (§ 400 Abs. 2 greift nicht Platz; vgl. unten Anm. 40) —, so stellt die Haftung des Kommissionärs eine gesetzliche Delkrederehaftung dar. Der Kommissionär hat selbstverständlich die Pflicht, dem Kommittenten alle Ergebnisse des mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts zu übermitteln, insbesondere auch die Forderungen an den Dritten auf Verlangen abzutreten und die wirklich gezahlten oder vereinnahmten Preise zu verrechnen (ROHG. 12, 263). Aber er haftet darüber hinaus auch noch selbst für die Erfüllung; er kann sich also nicht mit der Übermittlung der Geschäftsergebnisse an den Kommittenten begnügen. Insoweit liegt, wie gesagt, eine Delkrederehaftung vor. Aber er haftet nicht nur für die Verpflichtungen, die er dem Dritten auferlegt hat, sondern für alle die, die er pflichtgemäß dem Dritten hätte auferlegen sollen (vgl. ROHG. 22, 238; RG. 4, 92). Er haftet also nicht nur für die Erfüllung des tatsächlich mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts, sondern des Geschäfts, wie er es mit dem Dritten hätte abschließen sollen. Hat er es anders, ungünstiger, abgeschlossen, als er es hätte pflichtgemäß abschließen sollen, so haftet er insoweit als Selbstschuldner (zust. Breit 199). Andererseits kann er natürlich auch die Einwendungen geltend machen, die dem Dritten zustehen, z. B. daß die vom Kommittenten gelieferte Ware fehlerhaft und ihm, dem Kommissionär, zur Verfügung gestellt worden ist.

Das soeben Gesagte gilt in gleicher Weise, wenn er das Geschäft überhaupt nicht mit einem Dritten abgeschlossen hat. Hier haftet er lediglich als Selbstschuldner. Anm. 39.

Diese Selbstschuldnerschaft ist keine Bürgschaft, weil es ja an einem Hauptschuldner fehlt, auch keine Delkrederehaftung, denn auch diese setzt die Haftung eines Dritten voraus; aber auch kein Selbstkontrahieren; zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär kommt in diesem Falle kein Kaufgeschäft zustande. Es liegt vielmehr eine Haftung für den Bestand und die Erfüllung von Kaufansprüchen vor, die vorhanden wären, wenn der Kommissionär seine Pflicht getan hätte (vgl. Motive zum Börsengesetz 72); eine Haftung eigener Art, die der Haftung des Pseudo-Stellvertreters nach § 179 BGB. vergleichbar ist (vgl. Breit 194).

Weil kein Selbsteintritt vorliegt, greift auch die Ausnahmebestimmung des § 400 Abs. 2 nicht Platz, nach der die Rechenschaftspflicht beschränkt ist; vielmehr hat der Kommissionär in diesem Falle die volle Rechenschaftspflicht des Kommissionärs. Er muß also, anders als nach §§ 400 u. 401, erforderlichenfalls dartun, daß es unmöglich war, einen höheren Preis zu erzielen (vgl. JW. 88, 138[15]). Anm. 40.

Digitized by Google

§ 384. Weil kein Selbsteintritt vorliegt, greift auch die Ausnahmebestimmung des
Anm. 41. § 403 nicht Platz. Zwar die Provision wird man dem Kommissionär wohl zubilligen müssen, da auch die Haftung für die Erfüllung des Geschäfts eine Art Erfüllung des Kommissionsauftrags ist (anders Breit 204). Aber die gewöhnlichen Unkosten wird man ihm jedenfalls dann nicht zubilligen können, wenn er selbst keine bezahlt hat — denn das ist ein Vorrecht des selbsteintretenden Kommissionärs —, wohl aber, wenn er die Unkosten selbst aufgewendet hat, da der Kommittent durch die mangelhafte Ausführungsanzeige zwar keinen Schaden, aber auch keinen ungerechtfertigten Vorteil haben soll. Eine Delkredereprovision dagegen wird man dem Kommissionär in keinem Falle zugestehen können, weil keine Übernahme des Delkredere im Sinne des § 394 vorliegt, sondern eine gesetzliche Rechtsfolge der ordnungswidrigen Ausführungsanzeige. Dagegen hat der selbsthaftende Kommissionär das Pfandrecht des Kommissionärs, da er ja nicht aufhört, Kommissionär zu sein.

Anm. 42. c) Die Erklärung des Kommittenten über die Ausübung des Wahlrechts zwischen Zurückweisung und Haftbarmachung des Kommissionärs (vgl. zu a) ist unwiderruflich (vgl. Hahn ZHR. 29, 9; RG. 6, 53). Hat der Kommittent einmal erklärt, daß er Erfüllung beanspruche, so hat auch der Kommissionär gegen ihn die sich hieraus ergebenden Rechte, d. h. er kann auch seinerseits auf Erfüllung bestehen (Breit 196 f.). Hat er umgekehrt erklärt, daß er Erfüllung nicht beanspruche, so verliert er dadurch das Recht auf Erfüllung. Aber durch andere Erklärungen verliert er dieses Recht nicht, namentlich auch nicht dadurch, daß er Nennung des Dritten fordert oder auch den ihm nachträglich benannten Dritten zunächst in Anspruch nimmt. Es bleibt ihm daher unbenommen, wenn er im Konkurse des Dritten ausfällt, auf den Kommissionär zurückzugreifen (Breit 200).

Anm. 43. 3. **Die Rechtsfolge der Nichtnamhaftmachung ist endgültig.** Der Kommissionär kann die einmal eingetretene Rechtsfolge der mangelnden Ausführlichkeit und Deutlichkeit seiner Anzeige nicht mehr durch Nachholung des Versäumten abwenden. Der Kommittent hat daher das gedachte Wahlrecht zeitlich unbeschränkt (vgl. RG. 4, 96). Die Motive zum Börsengesetz (S. 71) drücken sich dahin aus, daß die Erklärung des Kommissionärs, die als abgegeben gilt, unwiderruflich ist.

Anm. 44. 4. **Die Unterlassung der Namhaftmachung eines Dritten hat beim Einkaufskommissionär noch eine andere Folge nach § 3 Abs. 1 DepGes.** Die dreitägige Frist zur Übersendung des Stückeverzeichnisses (§ 383 Anm. 29) ist nämlich in diesem Falle eine andere als sonst. Die Frist nimmt (anders als bei Namhaftmachung eines Dritten; unten Anm. 46) ihren Anfang mit dem Ablauf eines nach den Umständen zu bemessenden Zeitraums, innerhalb dessen der Kommissionär die Stücke, nachdem er die Ausführungsanzeige erstattet hat, bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnte. Daher läuft die Frist erst vom Erwerb der Stücke, wenn die Stücke dem Kommissionär ohne sein Verschulden von seinem Bankier zu spät geliefert worden sind (Riesser 47). Dabei ist zu bemerken, daß § 3 DepGes. nicht nur den Fall umfaßt, in dem der Kommissionär überhaupt eine Ausführungsanzeige unterläßt oder zwar die Ausführung macht, jedoch anzeigt ohne Meldung, daß er mit einem Dritten abgeschlossen habe, sondern auch die beiden anderen Fälle, wenn nämlich der Kommissionär zwar letztere Meldung macht, jedoch den Dritten nicht mit Namen nennt, oder wenn er den Selbsteintritt anzeigt. Der selbsthaftende Kommissionär steht hier dem selbsteintretenden Kommissionär vollkommen gleich (Breit 205). Sonst besteht die Vorschrift (früher § 74 BörsGes., jetzt § 405 Abs. 1 gemäß Art. 14 EG. z. HGB.), daß der Kommissionär, der bei der Ausführungsanzeige nicht ausdrücklich den Selbsteintritt erklärt, sich so behandeln lassen muß, als habe er den Auftrag durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt. Aus § 3 DepGes. ergibt sich nicht der umgekehrte Satz, daß der Kommissionär den Selbsteintritt dadurch vollziehe, daß er bei der Ausführungsanzeige einen Dritten als Verkäufer nicht namhaft macht (vgl. RG. 53, 369; a. M. 6./7. Aufl. u. Riesser 47).

Anm. 45. **Zusatz 1. Ob der Kommissionär die Verpflichtung hat, in Vorschuß zu gehen,** darüber siehe § 396 Anm. 14.

Digitized by Google

Zusatz 2. Eine weitere Verpflichtung des Kommissionärs ist in § 3 u. § 5 BankdepotG. bei der Einkaufs- und Umtauschkommission von Wertpapieren vorgeschrieben: die Pflicht zur **Übersendung des Stückeverzeichnisses.** Im wesentlichen ist bestimmt: **§ 384.** Anm. 46.

1. Bei der Einkaufskommission: Der Kommissionär hat die Pflicht der Übersendung jenes Verzeichnisses innerhalb drei Tagen. Die Frist beginnt, wenn der Kommissionär bei der Ausführungsanzeige einen Dritten als Verkäufer namhaft gemacht hat, mit dem Erwerbe der Stücke, sonst mit Ablauf des Zeitraums, innerhalb dessen der Kommissionär nach der Ausführungsanzeige die Stücke hätte beziehen können (oben Anm. 44). Ist der Kommittent selbst Bankier, so kann auf diese Frist beliebig schriftlich und mündlich, auch stillschweigend und allgemein verzichtet werden. Ein sonstiger Kommittent kann nur ausdrücklich, nur schriftlich (auch durch Unterzeichnung eines Formulars) und nur bezüglich des einzelnen Auftrags auf die Frist verzichten. Das folgt aus § 3 Abs. 2 DepGes. Das Stückeverzeichnis muß auch dann übersendet werden, wenn der Auftrag an einer ausländischen Börse ausgeführt worden und der Kommissionär noch nicht befriedigt ist und keine Stundung erteilt hat. Er mag in letzterem Falle ein Pfandrecht haben, aber das Eigentum muß er übertragen, wie ja auch ein Pfandrecht nicht von der Beobachtung des § 1 DepGes. befreit. Für einen Verzicht auf Übersendung eines Stückeverzeichnisses gilt dasselbe wie für den Verzicht auf die Mitteilungsfrist. Für die Bevollmächtigung zur Verzichtserklärung gelten die gewöhnlichen Grundsätze; also braucht die Vollmacht keine schriftliche zu sein (§§ 164, 167 Abs. 2 BGB.; JW. 07, 278[44]). Ausdrücklich muß verzichtet sein. Dies trifft nur zu, wenn diese Ausdrücklichkeit aus der schriftlichen Willenserklärung selbst sich ergibt. Daher genügt eine bloße Bezugnahme auf § 3 Abs. 2 DepGes. in der Form, ich entbinde von den Bestimmungen der §§ 3—5 DepGes., nicht. Dadurch wird sich der Erklärende der Tragweite seiner Erklärung noch nicht sicher bewußt (JW. 07, 278[44]; RG. in LZ. 07, 343[15]). Der rechtsgültige Verzicht auf das Stückeverzeichnis hat nicht notwendig (a. M. Neukamp bei Holdheim 98, 139) den Verzicht auf die Eigentumsübertragung zur Folge, entbindet auch den Einkaufskommissionär keinesfalls von der Verpflichtung zum Einkauf der Stücke (Riesser 49) und läßt im übrigen Zweifel, ob der Kommittent nicht etwa nur auf die Bescheinigung des Eigentumserwerbs, nicht aber auf diesen überhaupt, verzichten wollte. Hat der Verzicht auf das Stückeverzeichnis nur diese engere Bedeutung eines Verzichts auf die Bescheinigung, so muß der Kommissionär doch das Eigentum übertragen. Er kann es tun durch Übersendung des Verzeichnisses trotz Verzichts; er kann es aber auch tun unter Wahrung seines Pfandrechts, also durch constitutum possessorium (Lusensky § 3 Bem. 9). Daß die Verzichtserklärung im Zweifel als Verzicht auf den Eigentumserwerb zu gelten habe (so Lusensky a. a. O.), läßt sich nicht behaupten (vgl. § 383 Anm. 32).

Die Nichtabsendung des Stückeverzeichnisses innerhalb der dreitägigen Frist setzt den Kommissionär ohne weiteres in Verzug. Dieser Verzug gibt dem Kommittenten das Recht, das Geschäft zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Doch muß er sich dieses Recht dadurch erhalten, daß er nunmehr a) den Kommissionär auffordert, die Stücke zu liefern, und, b) wenn dies innerhalb drei Tagen nach der erfolgten Aufforderung nicht geschieht, innerhalb weiterer drei Tage erklärt, daß er von jenem Rechte Gebrauch mache (§ 4 DepGes.). Hat der Kommittent innerhalb dieser drei Tage diese Erklärung abgegeben, so kommt es nicht mehr darauf an, ob der Kommissionär nach Ablauf der ihm zustehenden Nachholungsfrist dem Kommittenten nun das Stückeverzeichnis zugesendet hat (RG. 48, 9). Verweigert der Kommissionär innerhalb der ihm zustehenden dreitägigen Nachholungsfrist trotz Aufforderung die Übersendung des Stückeverzeichnisses, so braucht der Kommittent den Ablauf dieser Nachholungsfrist nicht abzuwarten; er kann sofort erklären, daß er das Geschäft zurückweise und Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruche (RG. in LZ. 07, 343[16]). Weitere zivilrechtliche Folgen als die hier erörterten hat die Nichtabsendung des Stückeverzeichnisses nicht (JW. 04, 496[26]). Bei eintretendem Vermögensverfall des Bankiers stehen aber schwere Strafen auf dieser Unterlassung (§ 10 DepGes.).

Digitized by Google

§ 384. Die Übersendung des Stückeverzeichnisses darf unterbleiben, wenn die Auslieferung der eingekauften Stücke an den Kommittenten erfolgt oder ein Auftrag des Kommittenten zur Wiederveräußerung ausgeführt ist (§ 3 Abs. 3 DepGes.).

Anm. 47. 2. Bei der Umtauschkommission muß der Kommissionär das Stückeverzeichnis innerhalb zwei Wochen nach Empfang der neuen Stücke absenden, sonst verliert er das Recht auf Provision. Dasselbe gilt, wenn der Kommissionär für den Kommittenten dessen Bezugsrechte ausüben soll (§§ 5 u. 6 DepGes.). Auf das Stückeverzeichnis kann hier (anders oben Anm. 46) in jeder Art und Weise verzichtet werden. Die Übersendungspflicht fällt überhaupt weg, wenn die Stücke dem Kommittenten innerhalb der zwei Wochen ausgehändigt worden sind. Auch bei der Umtauschkommission erwirbt der Kommissionär das Eigentum an den neuen Stücken zunächst für sich, und bedarf es auch hier zur Übertragung des Eigentums auf den Kommittenten nur der bereits erörterten Übertragungsakte. Wenn aber gar kein Anschaffungsgeschäft vorliegt, wie beim Umtausch beschädigter Stücke, und da, wo es sich nur um Erhebung der neu auszustellenden Urkunde handelt, ist es Parteiwille, daß das Eigentum des Kommittenten durch diesen Umtausch, der gar kein Tausch im Rechtssinne ist, nicht untergehen soll. Der Kommissionär erwirbt in solchen Fällen nicht Eigentum für sich, sondern für den Kommittenten als dessen Stellvertreter (RG. 33, 112; RG. bei Gruch. 40, 835; Litthauer-Mosse 609). Dies gilt selbst dann, wenn nicht mehr festzustellen ist, welche neuen Stücke gerade an Stelle der weggegebenen Stücke getreten sind, z. B. weil etwa der Bankier zugleich eigene Papiere derselben Gattung zum Umtausch gebracht hat. Nur müssen die Stücke alle vollkommen gleichartig sein. Dann tritt nach dem Parteiwillen das Eigentum an der einzelnen Spezies hinter dem Eigentum an einer entsprechenden Anzahl von Stücken aus der ununterscheidbaren, verschiedenen Eigentümern gehörigen Menge zurück (vgl. RG. 4, 41; 18, 6; 33, 108). Daher erleidet auch das Pfandrecht, das an den alten Stücken bestand, durch solchen Umtausch keine Änderung (§ 368 Anm. 11).

Anm. 48. 3. Über die dingliche Wirkung der Absendung des Stückeverzeichnisses siehe Anm. 28ff. zu § 383 und über den Bankverwahrungsvertrag Exk. zu § 424.

§ 385.

§ 385. Handelt der Kommissionär nicht gemäß den Weisungen des Kommittenten, so ist er diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet; der Kommittent braucht das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen.

Die Vorschriften des § 665 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben unberührt.

Lit.: wie zu § 383.

Einleitung. **Der Paragraph behandelt die Rechtsfolgen des Nichthandelns gemäß dem Auftrage des Kommittenten** und setzt einen übernommenen Auftrag voraus (über die Pflicht zur Übernahme s. § 383 Anm. 40). Der Paragraph enthält die für alle Arten von Auftragswidrigkeiten geltende Regel. Der folgende Paragraph regelt eine besondere Art der Auftragswidrigkeit, die Limitoüberschreitung.

Anm. 1. 1. **Voraussetzung ist Nichthandeln gemäß den Weisungen des Kommittenten** (vgl. § 384 Anm. 5ff.). Es handelt sich also um die Verletzung der im ersten Abs. des § 384 aufgestellten Rechtspflicht.

a) Nichthandeln gemäß den Weisungen liegt zunächst dann vor, wenn der Auftrag nicht ausgeführt ist. Benutzt z. B. der Verkaufskommissionär eine sich ihm darbietende Verkaufsgelegenheit nicht, und bleibt infolgedessen die Ware unverkauft, so haftet er für den Schaden (Bolze 3 Nr. 619).

Anm. 2. b) Nichthandeln gemäß den Weisungen liegt ferner vor, wenn der Auftrag ausgeführt wird, aber nicht in Übereinstimmung mit dem Inhalte des erteilten

Digitized by Google

Auftrages. Gemeint sind nicht nur die Vertragspflichten, die der Kommissionär ausdrücklich, sondern auch die, die er stillschweigend übernommen hat (z. B. die aus dem Vertrage sich etwa ergebende Verpflichtung zur sofortigen Ausführung des Auftrages, wie dies bei Erteilung einer Einkaufskommission von Wertpapieren regelmäßig gewollt ist; RG. 53, 372). Beide Arten von Vertragspflichten umfaßt der erste Absatz des § 384, dessen Ergänzung der vorliegende Paragraph bildet. § 385.

c) Ein weiteres Erfordernis ist im Gesetze nicht aufgestellt. Es fragt sich jedoch, ob nicht schuldhaftes Verhalten Voraussetzung des Paragraphen ist. Für das Recht der Zurückweisung besteht diese nicht (Förtsch Anm. 5 zu Art. 362). Für die Schadensersatzpflicht ergibt sich jedoch diese Voraussetzung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Förtsch Anm. 4 zu Art. 362; Cosack § 43 II 2). Indessen liegt ein solches Verschulden schon in der bewußten Abweichung vom Inhalte des Auftrages. Wer den Auftrag nicht ausführt, kann sich nicht damit entschuldigen, daß es ihm nach Lage der Sache am angemessensten erschien, die Ausführung zu unterlassen. Nur die Unmöglichkeit der Ausführung könnte ihn hier entschuldigen. Wer den Auftrag anders ausführt, als aufgetragen, hat auch diese Entschuldigung nicht. Denn war es nicht möglich, den Auftrag auszuführen, so mußte er die Ausführung ganz unterlassen und durfte nicht eine andere Art der Ausführung wählen (Hahn Art. 362 § 2; vgl. jedoch unten Anm. 11). Anm. 3.

d) Vorausgesetzt ist endlich, daß die Abweichung vom Auftrage nicht unwesentlich war (vgl. ROHG. 20, 323): z. B. der Bankier ist beauftragt, an der Börse zu kaufen, er kaufte ebenso vorteilhaft außerhalb der Börse (Bolze 1 Nr. 948). Anm. 4.

e) Liegt nicht auftragswidriges Verhalten in dem zu a, b, c und d dargelegten Sinne vor, sondern Verletzung allgemeiner gesetzlicher oder vielmehr nicht wesentlicher Pflichten bei Ausführung des Auftrages oder gar nur Ungebühr nach ordnungsmäßiger Ausführung des Auftrages (z. B. Ausübung eines nicht zustehenden Zurückbehaltungsrechts), so ist die Folge nur Schadensersatzpflicht (ROHG. 20, 322). Anm. 5.

2. Die Rechtsfolgen sind: Recht auf Schadensersatz und auf Zurückweisung des Geschäfts. Anm. 6.

a) Nur diese beiden Rechte sind erwähnt. Ein Recht zum Rücktritt vom ganzen Kommissionsvertrage erwähnt das Gesetz nicht. Das Gesetz spricht nicht aus, daß das auftragswidrige Verhalten des Kommissionärs den Kommittenten ohne weiteres zum Rücktritt berechtigt oder verpflichtet. Er muß daher regelmäßig trotz des auftragswidrigen Verhaltens beim Kommissionsvertrage stehen bleiben, muß sich regelmäßig gefallen lassen, daß der Kommissionär das Geschäft nachträglich auf andere Weise ausführt, und kann dies regelmäßig auch verlangen. Nur unter besonderen Umständen, deren Beurteilung Sache richterlichen Ermessens ist, kann das auftragswidrige Verhalten auch den Rücktritt zur Folge haben, so insbesondere, wenn die nachträgliche Ausführung des Geschäfts den Vertragszweck nicht erfüllen würde. Dieser Gedanke ist es, dem das ROHG. in seinem Erkenntnisse Bd. 20, 323 Ausdruck gibt.

b) Das Recht auf Zurückweisung des Geschäfts, so daß es dem Kommissionär überlassen bleibt, wie er sich mit dem Dritten auseinandersetzt (JW. 85, 269[12]). Dieses Recht wird genügend durch Mißbilligung geltend gemacht. Eine ausdrückliche Erklärung, daß man das Geschäft nicht für eigene Rechnung gelten lassen wolle, ist nicht erforderlich (ROHG. 16, 252). Die Folge der Zurückweisung ist, daß der Kommittent auch die für dieses Geschäft gemachten Verwendungen und die Provision nicht zu zahlen braucht (Hahn Art. 362 § 2; JW. 03, 374[9]) und etwa ohne Kenntnis der Auftragswidrigkeit geleistete Zahlungen ohne weiteres gemäß §§ 325, 323 Abs. 3, § 812 BGB. nebst den sich aus § 818 Abs. 1 BGB. ergebenden Zinsen zurückverlangen kann (RG. 53, 371; JW. 03, 374[9]). Die Zurückweisung des Geschäfts ist nicht etwa der Rücktritt vom Kommissionsvertrage. Vielmehr muß sich der Kommittent in den geeigneten Fällen, d. h. wenn eine vertragsmäßige Ausführung noch möglich ist, gefallen Anm. 7.

Digitized by Google

§ 385. lassen, daß der Kommissionär nunmehr ein den Weisungen entsprechendes Geschäft abschließt, und der Kommittent kann dies auch verlangen (vgl. RG. 56, 392 u. oben Anm. 6).

Anm. 8. c) Das Recht auf Schadensersatz. Der Nachweis des zugefügten Schadens und des ursächlichen Zusammenhanges zwischen diesem und dem auftragswidrigen Verhalten des Kommissionärs liegt dem Kommittenten ob. Der Kommittent kann bei der Verkaufskommission seiner Schadensforderung regelmäßig den Fakturapreis zugrunde legen (OLG. Hamburg HansGZ. 01 Hptbl. 1). Dagegen hat der Kommissionär den Entschuldigungsbeweis, wenn er bei Nichtausführung oder nicht gehöriger Ausführung des Auftrages sich gleichwohl entschuldigen oder nur einen geringeren Schaden gelten lassen will.

Anm. 9. 3. **Die Rechtsfolgen werden beseitigt:**

a) durch Genehmigung des Geschäfts. Der Kommittent hat das Recht, das auftragswidrige Geschäft zu genehmigen, nicht aber die Pflicht dazu. Die Genehmigung liegt nicht schon in dem bloßen Schweigen auf die Anzeige. Die Anzeige von der auftragswidrigen Ausführung des Geschäfts ist vielmehr ein neuer Vertragsantrag, und dieser wird durch das Schweigen nicht ohne weiteres angenommen. Der § 386 Abs. 1 ist nicht zu verallgemeinern (ROHG. 2, 83; 10, 377; RG. bei Gruch. 48, 1007). Zur Genehmigung gehört vielmehr, wenn sie nicht ausdrücklich erfolgt, eine weitere schlüssige Handlung (RG. bei Puchelt Art. 362 Anm. 6). Will aber der Kommittent das auftragswidrige Geschäft genehmigen, so muß er dies vorbehaltslos tun. Behält er sich Schadensersatzansprüche aus der Auftragswidrigkeit vor, so liegt darin eine Ablehnung der Genehmigung und ein neuer Antrag seinerseits (§ 150 Abs. 2 BGB.). Genehmigt er ohne Vorbehalt, so ist damit der Anspruch auf Schadensersatz wegen der Auftragswidrigkeit beseitigt. Wohl aber kann sich der Kommittent Schadensersatzansprüche aus der schuldhaften Ausführung des Geschäfts, wie es ausgeführt ist, vorbehalten (Hahn Art. 362 § 10), und auch ohne solchen Vorbehalt verbleiben ihm trotz der Genehmigung des auftragswidrigen Geschäfts die Ansprüche der letzteren Art (Keyßner Art. 362 Anm. 7). Der Kommittent hat nicht zu beweisen, daß er widersprochen hat, sondern der Kommissionär muß die Genehmigung des Kommittenten beweisen (RG. bei Gruch. 48, 1007).

Anm. 10. b) durch Erbieten des Kommissionärs, das Zuwenig oder Zuviel zu ersetzen. Der Grundsatz des § 386 Abs. 2 muß verallgemeinert werden. Überall, wo die Auftragswidrigkeit lediglich in einer Quantitätsdifferenz besteht, kann der Kommissionär die Rechtsfolgen der auftragswidrigen Geschäftsführung dadurch beseitigen, daß er sich (wenn auch nur fürsorglich) zur Erstattung des Unterschieds erbietet (Hahn Art. 362 Anm. 3—6). Das Erbieten muß aber sofort bei der Anzeige der Ausführung geschehen, nicht erst, nachdem der Kommittent das Geschäft bereits wegen Auftragswidrigkeit zurückgewiesen hat (Hahn Art. 362 § 3). Ob ein einfaches wörtliches Erbieten genügt oder ob tatsächliches Anbieten erforderlich, ist Tatfrage (Hahn Art. 362 § 7). Ist aber durch die Auftragswidrigkeit ein weiterer Schaden entstanden, so bleibt eine etwa bestehende Schadensersatzpflicht hierdurch unberührt (vgl. § 386 Abs. 2).

Anm. 11. 4. **Ausnahmsweise ist der Kommissionär berechtigt, gegen die Weisungen des Kommittenten zu handeln,** nämlich unter den Voraussetzungen des im Abs. 2 unseres Paragraphen angezogenen § 665 BGB., der lautet:

> Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Hiernach muß neben den andern Voraussetzungen Gefahr im Verzuge vorliegen; sonst muß der Kommissionär die Entscheidung des Kommittenten abwarten. Die mutmaßliche Billigung des Kommittenten wird er besonders dann annehmen können, wenn die genaue Befolgung der Weisung nicht ausführbar war und die Abweichung Schaden von dem Kommittenten abzuwenden geeignet war (D. 234; ROHG. 9, 19). Die Beweislast, daß der Ausnahmefall vorliegt, trifft den Kommissionär.

Digitized by Google

5. **Dagegen ist der Kommissionär in keinem Falle berechtigt, gegen den ausdrücklichen Befehl oder auch nur gegen den mutmaßlichen Willen des Kommittenten zu handeln,** und sei es auch zu seinem vermeintlichen Wohle. Er ist nicht sein Vormund (RG. 6, 53). § 385. Anm. 12.

Zusatz. Für das Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Dritten ist das auftragswidrige Verhalten des Kommissionärs unerheblich. Denn der Kommissionär handelt ja im eigenen Namen. Im Eigentum und Besitze von Sachen, die der Dritte vom Kommissionär redlich erworben hat, ist der Dritte durch § 932 BGB., § 366 HGB. geschützt (vgl. § 366 Anm. 18). Anm. 13.

§ 386.

Hat der Kommissionär unter dem ihm gesetzten Preise verkauft oder hat er den ihm für den Einkauf gesetzten Preis überschritten, so muß der Kommittent, falls er das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückweisen will, dies unverzüglich auf die Anzeige von der Ausführung des Geschäfts erklären; anderenfalls gilt die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt. § 386.

Erbietet sich der Kommissionär zugleich mit der Anzeige von der Ausführung des Geschäfts zur Deckung des Preisunterschieds, so ist der Kommittent zur Zurückweisung nicht berechtigt. Der Anspruch des Kommittenten auf den Ersatz eines den Preisunterschied übersteigenden Schadens bleibt unberührt.

Lit.: wie zu § 383.

Der vorliegende Paragraph enthält Sonderbestimmungen über die Überschreitung des Limits. Er weicht vom bisherigen Recht besonders insofern ab, als er unter Zusammenfassung der Vorschriften der früheren Art. 363 und 364 die Folgen der Limitoüberschreitung bei der Einkaufs- und bei der Verkaufskommission gleichmäßig regelt. Einleitung.

An sich ist die Limitoüberschreitung lediglich eine Art der Auftragswidrigkeit und fällt daher unter § 385. Der hier vorliegende besondere Fall der Vertragswidrigkeit wird aber unter besondere Vorschriften gestellt (vgl. unten Anm. 5).

1. **Vorausgesetzt ist, daß der Kommissionär das Limito überschreitet,** also daß der Verkaufskommissionär unter dem gesetzten Preise verkauft, oder daß der Einkaufskommissionär über dem ihm für den Einkauf gesetzten Preise einkauft. Anm. 1.

a) Es muß also ein gesetzter Preis vorliegen. Wann ein Limito in dem Sinne vorliegt, daß der Kommissionär unbedingt daran gebunden ist, ist Sache der Auslegung. Nicht jede Preisangabe (in Preiskuranten oder Fakturen) ist als Limito zu betrachten, vielmehr können solche Preisansätze auch als Angabe dienen, welcher Preis wenn möglich erzielt werden soll, welche Erwartungen und Hoffnungen an die Wirksamkeit des Kommissionärs geknüpft werden (ROHG. 8, 32 u. 119 — Konsignationsfakturen, selbst solche mit der Klausel „netto ab hier" setzen im Zweifel kein Limito —; vgl. Bolze 1 Nr. 957; 11 Nr. 323). Es gibt also keine stillschweigende Limitierung (JW. 85, 218[8]). Das Aussprechen der festen Erwartung, es werde der Kommissionär nicht über einen bestimmten Preis hinauf oder nicht unter ihn herunter gehen, genügt zur Limitierung nicht. Ein Auktionsauftrag mit Durchschnittslimito fällt nicht unter § 386 (ROHG. 15, 435). „Höchster Preis am Markttage" ist kein Limito, weil erst nach dem Markt ermittelt werden kann, welches der höchste Preis war (Bolze 7 Nr. 514).

b) Aber auch wenn ein wirkliches Limito vorliegt, ist nicht mit jeder Überschreitung die Voraussetzung des vorliegenden Paragraphen gegeben. Vielmehr muß eine unbefugte Überschreitung vorliegen. Unbefugt aber ist sie dann nicht, wenn der Kommissionär berechtigt war, von den Weisungen des Kommittenten abzuweichen, wenn also die Voraussetzungen des § 385 Abs. 2 bzw. § 665 BGB. vorliegen (Mutmaßliche Billigung des Kommittenten, Gefahr im Verzuge). Dieser § 385 Abs. 2 ist hier zur Ergänzung heran- Anm. 2.

Digitized by Google

§ 386. zuziehen, und es ist daraus z. B. zu folgern, daß der Verkaufskommissionär unter dem Limito verkaufen darf, ohne den Rechtsfolgen des § 386 zu verfallen, wenn, was er zu beweisen hat, der Verkauf zu dem gesetzten Preise nicht ausgeführt werden konnte, und die sofortige Vornahme des Verkaufs von dem Kommittenten Schaden abgewendet hat (vgl. § 385 Anm. 11 und 12; D. 254). Insoweit deckt sich also das Ergebnis mit der Vorschrift des Art. 363).

Anm. 3. Der Umstand allein aber, daß die einzukaufende Ware unter dem gesetzten Preise nicht zu haben, die zu verkaufende Ware billiger nicht an den Mann zu bringen war, genügt nicht, um von dem Kommissionär die Rechtsfolgen des § 386 abzuwenden (ROHG. 9, 19); auch nicht der Einwand, daß die zu verkaufende Ware nicht mehr wert war, als den erzielten Preis, oder daß in dem erzielten Preise noch ein Gewinn für den Kommittenten liegt. Nur als Beweismomente für die Voraussetzungen des § 665 BGB. können solche Umstände in Betracht kommen.

Anm. 4. c) Selbstverständlich ist es dem Einkaufskommissionär regelmäßig gestattet, unter dem Limito einzukaufen, dem Verkaufskommissionär, über dem Limito zu verkaufen. Denn das Einkaufslimito bedeutet ja nur: „Nicht über", das Verkaufslimito: „nicht unter". Der Vorteil gebührt natürlich dem Kommittenten (§ 387). Aber es kann auch ein verstärktes Limito vorliegen, welches zu deuten ist als „lediglich zum gesetzten Preise, nicht darunter und nicht darüber". Kauft aber der Kommissionär in solchem Falle unter dem Limito ein, verkauft der Verkaufskommissionär in solchem Falle über dem Limito, so liegt nicht der Fall unseres Paragraphen, sondern ein Fall der allgemeinen Auftragswidrigkeit nach § 385 vor.

Anm. 5. 2. **Die Rechtsfolgen der Limitoüberschreitung** sind auch hier abweichend von § 385 geregelt. Dieser die Auftragswidrigkeit des Kommissionärs allgemein regelnde Paragraph bestimmt, daß im Falle der Auftragswidrigkeit der Kommittent das Recht auf Schadensersatz und auf Zurückweisung des Geschäfts haben soll. Diese Rechte werden hier geändert und zwar dahin, daß der Kommittent das Recht auf Zurückweisung nur haben soll, wenn er unverzüglich nach Empfang der Ausführungsanzeige die Zurückweisung erklärt. Geschieht dies nicht, so gilt die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt.

Anm. 6. a) Er muß also unverzüglich erklären, d. h. ohne schuldhafte Zögerung (§ 121 BGB.). Eine mäßige Frist zur Abwägung seiner Entschließung kann der Kommittent in Anspruch nehmen; namentlich bei der Konsignationskommission (§ 383 Anm. 41). Dann, d. h. wenn eine etwas längere Frist am Platze ist, und in von Anfang an dringlichen Fällen kann aber auch oft telegraphische Erklärung verlangt werden. Überall ist es Grundsatz, daß der Kommittent einen Verstoß des Kommissionärs nicht zu Spekulationen ausnutzen darf (§§ 133, 242, 254 BGB.; vgl. ROHG. 2, 88); daher kein allzu langes Zuwarten.

Erklären muß er die Zurückweisung, d. h. dem Kommissionär gegenüber. Es ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Kommt sie nicht an, so gilt die Erklärung nicht als abgegeben. Die Erklärung, daß er schuldhaft zurückweise, liegt in der Mißbilligung des Geschäfts, wenn diese erkennen läßt, daß der Kommittent es gegen sich nicht anerkennen wolle: es ist nicht erforderlich, daß der Kommittent ausdrücklich erklärt, er lasse das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten (ROHG. 16, 252).

Auf die Anzeige von der Ausführung des Geschäfts muß der Kommittent die Zurückweisung erklären. Er muß also die Anzeige erhalten haben. Erhält er sie nicht, so trifft ihn der Nachteil der Genehmigung nicht. Die Anzeige muß natürlich, um diesen Nachteil zu erzeugen, die Limitoüberschreitung erkennen lassen.

Anm. 7. b) Der Nachteil besteht darin, daß der Kommittent das Geschäft nicht mehr zurückweisen kann. Aber nicht nur darin, sondern auch ferner darin, daß die Abweichung als genehmigt gilt. Es fallen also beide Rechte des § 385 fort: er muß das Geschäft gegen sich, als für seine Rechnung erfolgt, anerkennen, und er darf auch den Schaden, der ihm durch die Limitoüberschreitung erwachsen ist, nicht geltend machen. Denn die Abweichung gilt als genehmigt, d. h. es wird so angesehen, als beruhe sie auf seinem

Digitized by Google

Willen, als sei sie keine Vertragswidrigkeit. Daß der Kommissionär bei der Limitoüberschreitung schuldhaft verfahren sei, daß der Kommittent die diese Schuld begründenden Umstände erst später erfahren hat, alles das ist gleichgültig. Die Abweichung gilt eben als genehmigt, und wenn der Kommittent diese Folge beseitigen will, so bleibt es ihm ja unbenommen, das Geschäft zurückzuweisen. Tut er dies nicht, so gibt er damit zu erkennen, daß es seinen Interessen entspricht. Nur in dem Falle des Abs. 2 ist der Anspruch auf Schadensersatz vorbehalten. (Vgl. unten Anm. 9). Ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung ist aber natürlich auch im Falle des Abs. 1 unter Umständen denkbar, z. B. wenn der Kommissionär vorspiegelt, bei Ausführung des Einkaufs einen höheren Preis angelegt zu haben, als es tatsächlich der Fall war. § 386.

c) Weist er aber das Geschäft unverzüglich zurück, so hat er sich damit einen Weg geebnet, um seine Rechte aus § 385 in vollem Umfange geltend zu machen. Er braucht das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen und kann Schadensersatz beanspruchen. Anm. 8.

d) Nur in einem Falle fällt das Recht der Zurückweisung trotz Limitoüberschreitung fort; wenn nämlich, wie Abs. 2 unseres Paragraphen vorschreibt, der Kommissionär sich zugleich mit der Anzeige der Ausführung des Geschäfts zur Deckung des Preisunterschiedes erbietet. Das Recht der Zurückweisung des Geschäfts fällt dann fort. Der Kommittent muß das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen gelten lassen; er erwirbt ferner gegen den Kommissionär den Anspruch auf den Preisunterschied und behält, wie der Klarheit wegen im Abs. 2 hervorgehoben wird, seine Ansprüche auf Schadensersatz gemäß § 385 gegen den Kommissionär. Anm. 9.

Zusatz. Die Genehmigung der Abweichung kann natürlich auch noch auf andere Weise erklärt werden, nicht nur durch das Unterlassen unverzüglicher Zurückweisung des Geschäfts. Allein jede andere Genehmigung wird daraufhin wohl zu prüfen sein, ob damit nur nachträglich das Geschäft genehmigt oder auch die Abweichung genehmigt und auf jeden Rückgriff verzichtet werden soll. Anm. 10.

§ 387.

Schließt der Kommissionär zu vortheilhafteren Bedingungen ab, als sie ihm von dem Kommittenten gesetzt worden sind, so kommt dies dem Kommittenten zu Statten. § 387.

Dies gilt insbesondere, wenn der Preis, für welchen der Kommissionär verkauft, den von dem Kommittenten bestimmten niedrigsten Preis übersteigt oder wenn der Preis, für welchen er einkauft, den von dem Kommittenten bestimmten höchsten Preis nicht erreicht.

Lit.: wie zu § 383.

1. Der Paragraph ist die selbstverständliche Folge der in § 384 dem Kommissionär auferlegten Verpflichtung, im Interesse des Kommittenten zu handeln und allen Vorteil an diesen abzuführen. Gleichwohl wurde die Vorschrift für erforderlich erachtet, weil im Handelsstand häufig andere Anschauungen herrschen, wenigstens nach anderen Anschauungen verfahren wird, indem der Kommissionär dem Kommittenten ohne Rücksicht darauf, ob er billiger eingekauft oder teurer verkauft hat, einfach den gesetzten Preis berechnet. Darauf beruht der sogenannte „Schnitt" des Bankiers. Dieses Schneiden des Kunden verstößt gegen Treu und Glauben und gegen die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen. Der Schnitt besteht hier darin, daß der Kommissionär mit dem Dritten günstig abschließt und dann zum Limito als Selbstkontrahent eintritt (vgl. hierüber unsere Bemerkungen zu §§ 400 ff.). Anm. 1.

2. Der Paragraph greift selbstverständlich auch dann Platz, wenn das vom Kommissionär verkaufte Gut aus irgendwelchem Grunde zurückkommt und dann zu erhöhtem Preise verkauft wird (ROHG. 16, 133); auch dann, wenn die Ware keinen Marktpreis hat, der Verkaufs- Anm. 2.

Digitized by Google

§ 387. kommissionär gleichwohl als Selbstkäufer eingetreten ist und dann mehr erzielt (ROHG. 12, 180; JW. 04, 118[23]), sowie auch dann, wenn der Kommissionär den Auftrag vor Absendung der Ausführungsanzeige durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt hat (JW. 04, 118[23]). Hierher gehören auch alle Vorteile, die der Kommissionär durch Verwendung der ihm vom Kommittenten anvertrauten Sache oder Geldsumme in der Zwischenzeit bis zur Ausführung des Auftrags oder durch nachträglich genehmigte Überschreitung des Auftrags erzielt hat (ROHG. 14, 191). Ebenso ist ein dem Kommissionär von dem dritten Kontrahenten gewährtes Zahlungsziel eine „vorteilhaftere Bedingung" (OTr. BuschA. 9, 229), ebenso ein Erlaß seitens des Dritten oder eine Abfindung des dritten Gläubigers durch den Kommissionär. Solche Vorteile darf der Kommissionär nur behalten, wenn sie ihm allein für seine Person als Vergütung für etwa dem Dritten geleistete Dienste zukommen sollten. Auch aus den Umständen kann sich ein dahingehender Wille des Dritten ergeben. Zu einer Annahme einer solchen persönlichen Zuwendung bedarf es aber dann der Darlegung dieser Umstände, wozu auch die Beweggründe gehören. Denn der Kommissionär muß bei allen mit der Kommission in Verbindung stehenden Geschäften beweisen, daß er die Interessen seines Kommittenten durch Erlangung eines persönlichen Vorteils von dritter Seite nicht verletzt hat (RG. 4, 295). Die dies aussprechende Entscheidung des ROHG. 14, 189 ff. erscheint daher sachlich richtig, obgleich ihr RG. 9, 298 entgegentritt.

Anm. 3. 3. Es kann aber auch das Gegenteil vereinbart werden, also daß ein Teil des Mehrerlöses dem Kommissionär zufallen soll, als Provision oder als Zuschlag zu dieser (ROHG. 22, 77), auch daß der Kommissionär den ganzen Mehrerlös behalten soll. Nach früherem Recht war das ein Tröbelvertrag, den das BGB. als besondere Vertragsart nicht kennt.

Anm. 4. 4. Verschieden von dem Falle, daß der Kommissionär das Geschäft zu vorteilhafteren Bedingungen, als ihm aufgetragen waren, abschließt, ist der Fall, bei dem der Kommissionär schon bei Erteilung des Auftrages wußte, er könne unter besseren Bedingungen, als das Limito besagt, abschließen. Darin liegt, im Falle des Verschweigens, ein Verstoß gegen Treu und Glauben, eine arglistige Täuschung, ein Betrug, und zwar nach Ansicht des RG. ein solcher, der zur Aufhebung des ganzen Geschäfts führt, weil der Kommittent dadurch bestimmt wurde, mit einem derartigen Kommissionär abzuschließen, mit welchem er, wenn er das unredliche Gebahren gekannt hätte, überhaupt nicht in ein Vertragsverhältnis getreten sein würde (RG. 43, 113; JW. 99, 234[35]). Mit etwas geänderter Begründung ist das RG. später (JW. 05, 118[23]; DJZ. 05, 265; Holdheim 14, 192) zu demselben Ergebnis gelangt, daß nämlich der Kommittent an den von ihm erteilten Auftrag nicht gebunden sei, weil er ihn ohne die arglistige Täuschung nicht erteilt haben würde. Dabei ist anknüpfend an RG. 4, 295 u. 43, 108 der Umstand mitverwertet, daß die Bonifikation, welche das Emissionshaus seinem Bankier gewährt, einer Verkaufsprovision gleichsteht, die der Kommissionär infolge von Interessekollision auf Unkosten des ihm vertrauenden Kommittenten erlangen will, und auf die der Kommissionär nach §§ 384 Abs. 2, 387 keinen Anspruch hat (vgl. § 384 Anm. 8). Die gegen dieses Urteil gerichtete Kritik (Breit im BankA. 4, 65; Redaktion des BankA. ebenda S. 75; Simon DJZ. 05, 254) gipfelt darin, daß Bonifikationen nicht als Teil des Preises, sondern als Provision zu betrachten seien, und daß es deshalb an einem Widerstreit der Interessen fehle. In dem entschiedenen Falle lag die Sache aber nicht so; der Einkaufskommissionär hatte die ihm von der Bank versprochene Kursvergünstigung seinem Kommittenten verschwiegen. Der Kommittent hätte bei Kenntnis der Sachlage die Papiere der (bankerotten) Bank nicht zu dem ihm berechneten Kurs gekauft. Der Kommissionär vertrat den Standpunkt, die Vorteile außergewöhnlich günstiger Einkaufsgelegenheit könne er für sich behalten. Der Kommissionär wollte also seinem Kommittenten fingierte Einkaufspreise berechnen. Diese Verteidigung widersprach in der Tat dem Gesetze und Treu und Glauben. In dem erwähnten Urteil ist nicht entschieden (a. M. Oppenheimer BankA. 05, 110), daß eine Emissionsbonifikation unter allen Umständen vom Bankier seinem Kunden gutgebracht werden müsse. Es ist vielmehr nicht

Digitized by Google

ausgeschlossen, daß der Kommissionär das für sich behalten darf, was ihm allein und persönlich zugewendet wird (oben Anm. 2); nur darf das nicht auf Kosten seines Auftraggebers und nicht unter Verschweigung des wahren Sachverhalts geschehen (vgl. RG. 55, 91). § 387.

Die vorgedachten, auf Grund des früheren Rechts aufgestellten Grundsätze behalten auch jetzt noch Geltung, jedoch mit einem Unterschied: der Kommittent kann nicht ohne weiteres das ganze Geschäft zurückweisen; er muß wegen arglistiger Täuschung anfechten (über Anfechtung vgl. § 377 Anm. 162). Einer Anfechtung bedarf es nur dann nicht, wenn der Kommittent sich als Beklagter mit der Einrede der Arglist verteidigen (hierüber Näheres § 346 Anm. 19), oder wenn er als Angreifer (Kläger, Widerkläger) dem Kommissionär einen Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 BGB. vorwerfen kann (hierüber vgl. § 377 Anm. 169). Unter allen Umständen macht sich der Kommissionär durch ein solches Verschweigen schadensersatzpflichtig (§ 384 Anm. 1).

§ 388.

Befindet sich das Gut, welches dem Kommissionär zugesendet ist, bei der Ablieferung in einem beschädigten oder mangelhaften Zustande, der äußerlich erkennbar ist, so hat der Kommissionär die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer zu wahren, für den Beweis des Zustandes zu sorgen und dem Kommittenten unverzüglich Nachricht zu geben; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. § 388.

Ist das Gut dem Verderb ausgesetzt oder treten später Veränderungen an dem Gute ein, die dessen Entwerthung befürchten lassen, und ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder ist der Kommittent in der Ertheilung der Verfügung säumig, so kann der Kommissionär den Verkauf des Gutes nach Maßgabe der Vorschriften des § 373 bewirken.

Lit.: wie zu § 383 sowie Pollack, Beweissicherung usw. in Busch ZBP. 33, 235; Sohm ZHR. 53, 125; Franke ZHR. 57, 156.

Der Paragraph regelt die Rechte und Pflichten des Kommissionärs in dem Falle, daß das Gut bei Ankunft beschädigt oder mangelhaft ist, oder später gefahrdrohende Veränderungen eintreten. Einleitung.

Die Vorschriften des Abs. 1 sind lediglich Folgen der im § 384 aufgestellten allgemeinen Sorgfaltspflicht. Sie verdanken ihre Entstehung lediglich dem § 438 Abs. 1 (früher Art. 408), weil in Gemäßheit dieser Vorschrift nach Aushändigung des Gutes und Bezahlung der Fracht der Anspruch an den Frachtführer unter Umständen erlischt.

I. (Abs. 1.) **Der Fall der Ankunft der Ware in beschädigtem oder mangelhaftem Zustande.** Anm. 1.

1. **Vorausgesetzt** ist:

a) **daß das Gut dem Kommissionär zugesendet ist,** gleichviel, ob dem Verkaufskommissionär vom Kommittenten oder dem Einkaufskommissionär vom Dritten. Auf beide Fälle bezieht sich der Paragraph (Keyßner Art. 365 Anm. 2; Förtsch Art. 365 Anm. 6). Auf die Einkaufskommission findet aber außerdem noch § 391 Anwendung. Über den Begriff „zugesendet" vgl. § 379 Anm. 2.

b) **daß das Gut bei der Ablieferung in äußerlich erkennbarer Weise beschädigt oder mangelhaft ist.** Die äußerliche Erkennbarkeit bezieht sich sowohl auf die Beschädigung, als auf die Mangelhaftigkeit. Doch bestehen bei Fehlern, die bei der Ablieferung nicht sofort erkennbar waren, aber später erkennbar werden, dieselben Pflichten des Kommissionärs auf Grund der allgemeinen Sorgfaltspflicht des § 384 (zust. Burchard 212). Anm. 2.

2. **Unter diesen Voraussetzungen hat der Kommissionär folgende Pflichten:** Anm. 3.

a) **Er hat die Rechte gegen den Frachtführer und Schiffer zu wahren,** nicht nur durch Verwahrungen und Vorbehalte, sondern er muß alles tun, um den Gesetzen gemäß die Rechte

Digitized by Google

§ 388. zu sichern, zu erhalten, zu verwirklichen. Die Rechte gegen den Frachtführer ergeben sich aus §§ 429 ff.

Anm. 4. b) **Für den Beweis des Zustandes zu sorgen.** Auf welche Weise er dies tun will, ist gleichgültig. Nur muß er seiner Pflicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes genügen. (Vgl. insbesondere unten Anm. 12.) Eine Vorlegungspflicht, d. h. eine Verpflichtung des Frachtführers oder Schiffers, den Augenschein zu gestatten, läßt sich nur aus § 809 BGB. herleiten. Im Falle der Verweigerung der Besichtigung durch den Frachtführer oder Schiffer kann das Gericht außerdem je nach den Gründen der Weigerung gemäß § 286 CPO. Schlüsse ziehen (Remels-Anger Vorbem. 4 vor § 371; Gaupp-Stein Vorbem. III vor § 371).

Anm. 5. c) **Den Kommittenten unverzüglich zu benachrichtigen.** Ohne Verzug bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.). Die sofortige Benachrichtigung hat den Zweck, den Kommittenten in den Stand zu setzen, Weisungen zu erteilen. Treffen diese Weisungen aber nicht rechtzeitig ein, so muß der Kommissionär auf eigene Verantwortung handeln, sonst macht er sich haftbar. Doch hat er dabei nur die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes aufzuwenden. Ob er mit seinen Maßnahmen die ihm nicht bekannt gemachten Absichten seines Auftraggebers trifft, ist nicht entscheidend (Burchard 209).

Anm. 6. d) **Die Folge der Unterlassung dieser Pflichten** ist die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens. Dagegen geht der Kommissionär nicht des Rechts verlustig, den mangelhaften Zustand dem Kommittenten gegenüber geltend zu machen. Die weitergehende Bestimmung des preußischen Entwurfs ist gestrichen worden. § 377 ist aber nicht entsprechend anwendbar (R. 694; 1190; ROHG. 21, 147; OLG. Hamburg ZHR 38, 229). Zu dieser Geltendmachung ist der Kommissionär daher auch noch nach dem Verkauf und der Ablieferung an den Dritten berechtigt (ROHG. ebenda). Anders wenn er als Selbstkäufer eintritt (Förtsch Art. 365 Anm. 6) und ebenfalls anders, wenn die Voraussetzungen des § 391 vorliegen (für beide Teile handelsgeschäftliche Einkaufskommission).

Anm. 7. II. **Der Fall, daß spätere Veränderungen drohen.**

1. Der erste Fall ist, daß das Gut dem Verderben ausgesetzt (hierüber siehe § 373 Anm. 32 und § 379 Anm. 18) und keine Zeit mehr vorhanden ist, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder daß der Kommittent in der Erteilung der Verfügung säumig ist. Dagegen liegt der Fall nicht vor, wenn der Kommissionär, obwohl es Zeit dazu war, die Verfügung des Kommittenten nicht eingeholt hat.

Anm. 8. 2. Der zweite Fall ist der, daß später Veränderungen an dem Gute eintreten, welche dessen Entwertung befürchten lassen, und keine Zeit mehr vorhanden ist, um die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder der Kommittent in der Erteilung der Verfügung säumig ist. Dagegen muß auch hier der Kommissionär, wenn Zeit dazu ist, die Verfügung des Kommittenten einholen.

Anm. 9. 3. Hat der Kommissionär ohne diese Voraussetzungen nach § 373 verkauft, so liegt darin eine Verletzung seiner Pflichten, und er haftet nach § 384.

Anm. 10. 4. Liegen aber die Voraussetzungen vor, so hat er das Recht zu verkaufen nach § 373. Hier ist nur das Recht dazu betont. Es wird aber wohl meist auch seine Pflicht sein, in dieser Weise zu handeln. Doch kann er auch auf andere Weise seiner Sorgfaltspflicht genügen, etwa durch freihändigen Verkauf. Nur wird er eine schwierigere Beweislast haben, was die Angemessenheit der getroffenen Maßregel betrifft. Andererseits muß betont werden, daß der Kommissionär nur dann berechtigt ist, den Notverkauf vorzunehmen, wenn die Interessen des Kommittenten dies gebieten. Lediglich zur Wahrung der eigenen Rechte darf er ihn nicht vornehmen (ROHG. 5, 293). Dagegen schadet es natürlich nichts, daß durch diese Maßregeln auch seine eigenen Interessen am besten geschützt werden.

Anm. 11. 5. Eine Ergänzung finden diese Vorschriften im § 389, nach dem immer dann, wenn der Kommittent nach Lage der Sache verpflichtet ist, über das Gut zu verfügen, und er dies unterläßt, der Kommissionär zum Notverkauf und zur Hinterlegung verpflichtet ist.

Digitized by Google

Zusatz. Der Kommissionär kann in dem Falle des vorliegenden Paragraphen auch den Zustand durch Sachverständige feststellen lassen. Dies ist im § 488 CPO. bestimmt. Vgl. hierüber die ausführliche Darlegung in Exk. zu § 379. Anm. 12. § 388.

§ 389.

Unterläßt der Kommittent über das Gut zu verfügen, obwohl er dazu nach Lage der Sache verpflichtet ist, so hat der Kommissionär die nach § 373 dem Verkäufer zustehenden Rechte. § 389.

Lit.: wie zu § 383.

Rechte des Kommissionärs bei unterlassener Verfügung des Kommittenten über das Kommissionsgut.

1. Unterläßt es der Kommittent, d. h. versäumt er es. Der Kommissionär kann natürlich nicht das Ende der Dinge abwarten, um zu sehen, ob der Kommittent die Verfügung überhaupt unterläßt. Unterläßt er vielmehr die Verfügung während der Zeit, während deren er dazu verpflichtet war, so hat der Kommissionär die Rechte aus § 373. Ob schuldhafte Unterlassung vorliegt, ist gleichgültig. Das kann ja der Kommissionär in den meisten Fällen gar nicht beurteilen. Anm. 1.
2. Die Rechte aus § 373 (ROHG. 18, 318), also auch das Hinterlegungsrecht, das ihm der frühere Art. 366 Abs. 2 nicht gab, hat der Kommissionär. War es dem Kommissionär gestattet, den Kommittenten durch Lieferung gleichartiger Stücke zu befriedigen (§ 383 Anm. 31 und 32), so braucht er zum Selbsthilfeverkauf auch nicht die angeschafften Stücke, sondern nur gleichartige zu stellen, die er aus einem bereit zu haltenden Bestand auswählen kann. Diese Stücke sind alsdann das Kommissionsgut (RG. bei Gruch. 27, 453). Anm. 2.

§ 390.

Der Kommissionär ist für den Verlust und die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes verantwortlich, es sei denn, daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten. § 390.

Der Kommissionär ist wegen der Unterlassung der Versicherung des Gutes nur verantwortlich, wenn er von dem Kommittenten angewiesen war, die Versicherung zu bewirken.

Lit.: wie zu § 383.

Der Paragraph behandelt die Verantwortung des Kommissionärs für Verluste oder Beschädigungen des Guts und für unterlassene Versicherungen.

1. (Abs. 1.) **Für Verluste und Beschädigungen** des Guts ist der Kommissionär, während er Aufbewahrer ist, ohne weiteres verantwortlich, wenn er sich nicht entlastet. Anm. 1.
   a) Es muß eine übernommene Kommission vorliegen. Den Fall des mit der abgelehnten Kommissionsofferte übersendeten Kommissionsgutes regelt § 362.
   b) Der Kommissionär muß Aufbewahrer sein. Der Paragraph greift nicht Platz, wenn er nicht mehr Kommissionär ist, wenn er also seinen Selbsteintritt bereits erklärt hat, sei es als Selbstverkäufer oder als Selbstkäufer. Im ersteren Falle haftet er fortan nach den Regeln des Kaufs, im letzteren Falle besitzt er fortan im eigenen Namen. Anm. 2.
   c) Der Kommissionär muß sich entlasten. Dies folgt aus der Auftragsnatur des Verhältnisses (ROHG. 10, 190; RG. 20, 269) und ist im Gesetze durch die Redewendung „es sei denn, daß" zum Ausdruck gebracht. Der Kommittent begründet daher seinen Anspruch durch die bloße Tatsache des Verlustes oder der Beschädigung, die er allerdings (LG. Meiningen ZHR. 38, 229) im Bestreitungsfalle zu beweisen hat. Aber weiter geht seine Beweispflicht Anm. 3.

Digitized by Google

§ 390. nicht. Er braucht also kein Verschulden und keinen ursächlichen Zusammenhang zu behaupten (RG. in LZ. 07, 350[5]; vgl. wegen des Spediteurs ROHG. 8, 192; 19, 211). Wenn auch der Kommittent eine Schuld des Kommissionärs behauptet, so wird er dadurch noch nicht sachfällig, daß er diese Schuld nicht dartut (Förtsch Art. 367 Anm. 2). Der Kommissionär hat darzutun, nicht nur, daß ein Zufall die Sache betroffen hat, sondern auch, daß er dessen Wirkungen weder abwenden, noch vermindern konnte, z. B. daß er den durch einen Blitz verursachten Brand nicht löschen konnte. Ist er daher außerstande, die Ursache des Verlustes oder der Beschädigung anzugeben, so ist sein Entlastungsbeweis aussichtslos und mißlungen (Burchard 235). Wenn aber der Kommittent dem Kommissionär ein Versehen in bestimmter Richtung vorwirft, so genügt es, wenn der Kommissionär lediglich in dieser Richtung den Beweis des Nichtverschuldens führt (ROHG. 8, 192; 12, 386; 19, 211). Näheres bei Burchard 236. Andererseits darf sich der Kommittent aber nicht völlig teilnahmslos verhalten, wenn er ohne wesentliche Belästigung imstande ist, durch eigene Tätigkeit einen ihm durch Versehen des Kommissionärs drohenden Schaden abzuwenden (§ 347 Anm. 12 ff.). Dadurch, daß der Kommittent das Gut versichert hat, wird der Kommissionär von seiner Haftbarkeit nicht frei (OLG. Dresden ZHR. 40, 533; Förtsch Art. 367 Anm. 1). — Für seine Leute haftet er nach den allgemeinen Grundsätzen, wie sie im Erk. zu § 58 Anm. 26 ff. und zu § 347 Anm. 13 dargestellt sind.

Anm. 4. d) Über die Begriffe Verlust und Beschädigung siehe Anm. 2 u. 3 zu § 414. Die Beschädigungen müssen substanzieller Natur sein. Preisveränderungen sind darunter nicht gemeint, auch sonstige Entwertungen nicht, z. B. nicht Präjudizierungen des Wechsels durch unterlassenen Protest, Verfall von Aktien durch unterlassene Einzahlung, Verfallen von Gewinnen bei Losen usw.; derartige Veränderungen fallen unter §§ 384 und 385.

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Für die Folgen unterlassener Versicherung** ist er nur dann haftbar, wenn er zur Versicherung angewiesen war.

a) Unter Versicherungen im Sinne dieses Paragraphen sind nur die Versicherungen im eigentlichen Sinne zu verstehen, nicht die Deklaration des Frachtguts, von der die Höhe der Verantwortlichkeit des Frachtführers nach gewissen Gesetzen und Reglements abhängt; ob er hierzu verpflichtet ist, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 384 (RG. 28, 140).

Anm. 6. b) Beim vorliegenden Paragraphen kommt es nicht auf die Erwägung an, ob ein ordentlicher Kaufmann in dem einzelnen Falle versichert hätte. Auch ein ordentlicher Kaufmann braucht nicht mehr zu tun, als was das Gesetz ihm gebietet. Vgl. jedoch zu c.

Anm. 7. c) Die Anweisung braucht nicht gerade ausdrücklich erteilt zu sein. Vielmehr greifen die §§ 133 u. 157 BGB. im vollen Umfange Platz. Auch die stillschweigende Anweisung genügt daher; insbesondere wird, wenn in ähnlichen Fällen die Versicherung vom Kommittenten stets gewünscht war, die Versicherung als gewollt anzunehmen sein (ROHG. 7, 361; Bolze 8 Nr. 436; JW. 89, 290[25]). Auch auf Handelsbrauch kann die Verpflichtung beruhen (Förtsch Anm. 6 zu Art. 367). Es gilt das für den Spediteur zu § 408 Anm. 12 Ausgeführte auch für den Kommissionär. Überall ist zu bemerken, daß die Anweisung nur erteilt zu sein braucht. Es ist nicht notwendig, daß der Kommissionär sie auch angenommen hat. Wenn er einmal den Kommissionsauftrag übernommen hat, also Kommissionär geworden ist, so kann er die Versicherungsanweisung nicht ablehnen (Burchard 246).

Anm. 8. d) Liegt ein Versicherungsauftrag vor, so muß ihn der Kommissionär unverzüglich (Burchard 250) und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes ausführen, insbesondere muß er bei der Wahl des Versicherers vorsichtig sein (vgl. die für den Spediteur erlassene Entscheidung des RG. 6, 115 u. § 408 Anm. 12; ferner Burchard 270). Andererseits braucht er ohne besondere Anweisung nur den vollen Wert der Ware, nicht den imaginären Gewinn zu versichern (vgl. ROHG. 21, 172), und hat auch nur darauf zu halten, daß der Versicherungsvertrag die üblichen Klauseln enthält (OLG. Hamburg ZHR. 40, 532. — Näheres bei Burchard 273). Daher haftet er bei pflichtwidriger Unterlassung nur so, wie ein loyaler Versicherer nach allgemeinen Regeln hätten haften müssen, wenn bei einer solchen Versicherung zu vollem Wert

Digitized by Google

genommen worden wäre (vgl. RG. 50, 170). Dadurch, daß der Absender das Gut versichert, wird der Kommissionär von seiner Verpflichtung nicht frei (OLG. Dresden ZHR. 40, 533). Der Kommissionär gilt ferner im Zweifel nicht als berechtigt, bei einem ihm erteilten Versicherungsauftrag selbst als Versicherer einzutreten; andererseits übernimmt er auch nicht das Delkredere und haftet für den Versicherer nicht, wenn ihm kein vertretbares Versehen zur Last fällt (Burchard 277). Über die Versicherung eines Warenlagers s. RG. 35, 48ff. § 390.

e) Hat der Kommissionär versichert, so muß er, soweit es sich um das versicherte Interesse des Kommittenten handelt, diesem die Forderungen aus dem Versicherungsvertrage abzüglich der Auslagen für Prämien usw. abtreten (ROHG. 2, 266). Näheres bei Burchard 252ff. Dem Kommittenten steht im Konkurse des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht an solchen Forderungen zu (§ 392 Abs. 2; KO. § 43). Die eingezogene Versicherungssumme muß daher der Konkursverwalter des Kommissionärs dem Kommittenten herausgeben (RG. in LZ. 07, 439[10]). Anm. 9.

f) Hat der Kommissionär ohne Anweisung versichert, so fragt es sich, ob der Kommittent ihm gleichwohl die Prämien zu ersetzen hat. In den Beratungen war darüber keine Einigkeit. Diese Frage ist regelmäßig zu bejahen. Denn die Versicherung gilt in der Regel als nützliche Aufwendung nach § 396 (StrA. 43, 284; ROHG. 7, 361; Förtsch Anm. 6 zu Art. 367). Nur dann findet der Anspruch auf Rückerstattung der Prämie nicht statt, wenn die Versicherung untersagt war, oder wenn die angenommene Versicherung nicht geeignet war, einen etwaigen Schaden auszugleichen (vgl. Burchard 287). Anm. 10.

§ 391.

Ist eine Einkaufskommission ertheilt, die für beide Theile ein Handelsgeschäft ist, so finden in Bezug auf die Verpflichtung des Kommittenten, das Gut zu untersuchen und dem Kommissionär von den entdeckten Mängeln Anzeige zu machen, sowie in Bezug auf die Sorge für die Aufbewahrung des beanstandeten Gutes und auf den Verkauf bei drohendem Verderbe die für den Käufer geltenden Vorschriften der §§ 377 bis 379 entsprechende Anwendung. Der Anspruch des Kommittenten auf Abtretung der Rechte, die dem Kommissionär gegen den Dritten zustehen, von welchem er das Gut für Rechnung des Kommittenten gekauft hat, wird durch eine verspätete Anzeige des Mangels nicht berührt. § 391.

Lit.: wie zu § 383.

Der vorliegende Paragraph legt dem Kommittenten bei beiderseitigen handelsgeschäftlichen Einkaufskommissionen in bezug auf die Mängelanzeige und die Aufbewahrungspflicht die gleichen Pflichten auf, wie einem Käufer beim beiderseitigen Handelskauf. Die Vorschrift war im alten HGB. nicht enthalten. Einleitung.

1. **Bei der Einkaufskommission** greift die Vorschrift Platz. Der Verkaufskommissionär, der die Ware nicht für eigene Rechnung in Empfang nimmt, hat nicht die dem Käufer in den §§ 377—379 auferlegten Verpflichtungen. Er hat die Interessen des Kommittenten gemäß §§ 384, 388 wahrzunehmen. — Was aber die Einkaufskommission betrifft, so finden, wenn der Kommissionär von dem Selbsteintrittsrechte Gebrauch macht, gegen den Kommittenten, wenn ihm die Ware zur Zeit des Selbsteintritts oder später zugeht, die §§ 377—379 unmittelbare Anwendung, falls der Kommittent Kaufmann ist, so daß für diesen Fall unser Paragraph überflüssig ist. Und ebenso gelten gegen den Verkaufskommissionär, wenn dieser von dem Selbsteintrittsrechte Gebrauch macht, die §§ 377—379 unmittelbar, falls der Kommittent Kaufmann ist. Anm. 1.

2. **Beiderseits handelsgeschäftlich muß die Einkaufskommission sein.** Ist der Kommittent kein Kaufmann, so hat er diese Verpflichtung nicht. Dadurch kann allerdings der Einkaufskommissionär unter Umständen in ein schiefes Verhältnis geraten. Er hat, wenn sein Vertrags- Anm. 2.

Digitized by Google

§ 391. gegner Kaufmann ist, diesem gegenüber die Verpflichtung der sofortigen Mängelanzeige, ihm gegenüber hat sie in jenem Falle der Kommittent nicht. Doch wird diese Folge dadurch gemildert, daß man auch hier unter Umständen eine, wenn nicht sofortige, so doch alsbaldige Rügepflicht annehmen kann, wie bei dem Handelskauf, der nicht auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist (§ 377 Anm. 195ff.).

Anm. 3. **3. Die Vorschriften der §§ 377—379 finden entsprechende Anwendung.** Also zunächst die Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377. Rügt der Kommittent nicht sofort, so kann er Mängel, die bei sofortiger Untersuchung erkennbar waren, dem Einkaufskommissionär gegenüber nicht mehr rügen; auch dann nicht, wenn die Ware schon beim Einkaufskommissionär diese Mängel hatte, und dieser sie rechtzeitig gerügt hatte, so daß der Kommissionär in der Lage wäre, diesen Mangel seinem Vertragsgegner gegenüber geltend zu machen. Der Einkaufskommissionär braucht sich eben darauf nicht einzulassen. Selbstverständlich aber ist der Kommissionär berechtigt, die verspätete oder nicht gehörige Mängelanzeige gelten zu lassen oder, ohne sie gegen sich gelten zu lassen, doch im Interesse des Kommittenten seinerseits diese Rechte gegen seinen Vertragsgegner geltend zu machen. Auf alle Fälle muß der Kommissionär dem Kommittenten die Rechte überlassen, welche er selbst gegen seinen Vertragsgegner erworben hat. Diese muß er dem Kommittenten auch dann abtreten, wenn dieser, wie Satz 2 unseres Paragraphen ausdrücklich vorschreibt, nicht rechtzeitig (oder, wie hinzugefügt werden muß: nicht gehörig) gerügt hat. Und es erhebt sich hierbei die weitere Frage, wie es steht, wenn der Kommissionär seinerseits durch sein Verschulden bewirkt hat, daß ihm solche Rechte gegen den Vertragsgegner nicht zustehen, etwa durch seinerseitige Versäumung der Mängelanzeige? Ist in diesem Falle der Kommissionär dem Kommittenten schadenersatzpflichtig? Oder fällt diese Schadensersatzpflicht dadurch fort, daß der Kommittent auch ihm gegenüber nicht rechtzeitig gerügt hat? Wir nehmen die Schadensersatzpflicht an (Gareis Anm. 9; ebenso Stübel, SächsA. 10, 454).

Anm. 4. Ferner findet auch der § 378 Anwendung, d. h. die Ausdehnung des Grundsatzes des § 377 auf Quantitätsmängel und Lieferung einer anderen Sache.

Ferner greift auch § 379 Platz, also die Aufbewahrungspflicht und das Notverkaufsrecht beim Übersendungskauf.

Anm. 5. **Zusatz 1. Wegen des Rechts des Kommissionärs, den Zustand des Gutes festzustellen,** siehe den Exkurs zu § 379.

Anm. 6. **Zusatz 2. Der Einkaufskommissionär hat im Konkurse des Kommittenten auch das Verfolgungsrecht** des § 44 KO., welches im Exk. zu § 382 Anm. 98ff. ausführlich erörtert ist.

§ 392.

§ 392. Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten.

Lit.: wie zu § 383 u. Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, Berlin 05.

Einleitung. **Der Paragraph behandelt das rechtliche Schicksal der Forderungen aus den Geschäften, welche der Kommissionär mit dem Dritten abschließt,** und zwar 1: dem Dritten gegenüber (Abs. 1), 2: dem Kommissionär und dessen Gläubigern gegenüber (Abs. 2). Es handelt sich dabei hauptsächlich um die ausstehenden Forderungen aus der ausgeführten Verkaufskommission, und zwar um alle Ansprüche aus diesem Verhältnisse (vgl. unten Anm. 3).

Digitized by Google

1. (Abs. 1.) **Dem Dritten gegenüber** kann der Kommittent die Forderungen erst nach der Abtretung geltend machen. Dies ist die Folge des Kommissionsverhältnisses, nach dem zwischen dem Kommittenten und dem Dritten keine Rechte und Pflichten entstehen (unten Anm. 11). **§ 392.** Anm. 1.

Der Kommittent kann jedoch Abtretung der Forderungen vom Kommissionär verlangen (dies folgt aus § 384 Abs. 2; ROHG. 9, 233; RG. 47, 118); es sei denn, daß der Kommissionär auf Grund des § 399 ein Recht hat, die Abtretung zu verweigern; das ist aber keine Aufrechnung, da ungleichartige Ansprüche sich gegenüberstehen: einerseits Anspruch auf Abtretung, andererseits Geldansprüche. Anm. 2.

2. (Abs. 2.) **Dem Kommissionär und dessen Gläubiger gegenüber** gelten die Forderungen als die des Kommittenten. Anm. 3.

a) Das ist eine Ausnahmebestimmung für das Kommissionsverhältnis, die trotz mannigfacher Bedenken angenommen wurde. Sie beruht auf dem Gedanken, daß der Verkaufskommissionär vom Kommittenten Waren erhalten hat, an deren Stelle die Forderung auf den vom Kommissionär erzielten Kaufpreis getreten ist, und daß die Gläubiger eines gewerbsmäßigen Kommissionärs wissen, daß dieser vielfach fremdes Vermögen in Händen hat. In den Fällen sonstiger mittelbaren Stellvertretung, d. h. wenn jemand eine Sache oder ein Recht in eigenem Namen, aber für Rechnung eines andern, erworben hat, ist die Vorschrift unseres Paragraphen nicht Rechtens (RG. 1, 314; OLG. Rostock ZHR. 36, 253; Celle OLGR. 6, 94), sondern es liegt ein Rechtsgeschäft des in eigenem Namen Handelnden vor (Mot. I 223; Prot. II 360). Die Rechtsprechung hat jedoch für das Handelsrecht ganz allgemein, also nicht nur im Verhältnis des Kommissionärs zum Dritten (§ 383 Anm. 20), den Satz aufgestellt, daß der Beauftragte, der in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung abgeschlossen hat, bei Bruch des Vertrags durch seinen Gegner von diesem Schadensersatz nicht nur so verlangen kann, wie er ihm persönlich, sondern so, wie er seinem Auftraggeber zusteht (ROHG. 17, 78; 22, 253; RG. 12, 112; 40, 187; 58, 42; 62, 331; JW. 06, 191[7]; vgl. Erk. zu § 382 Anm. 56). Es besteht sogar Neigung, diesen Grundsatz auf das bürgerliche Recht zu übertragen und zwar mit verschiedener Begründung (vgl. Müller DJZ. 06, 167). Jedoch trägt bei der sog. mittelbaren Stellvertretung der Auftraggeber die Gefahr, daß sein Beauftragter zahlungsunfähig wird, oder daß andere Gläubiger zuvorkommen. Nur wenn ein Kommissionsverhältnis vorliegt, verhält es sich kraft der ausdrücklichen Vorschrift des § 392 Abs. 2 umgekehrt (RG. 58, 276).

b) Für das Kommissionsverhältnis aber umfaßt die Vorschrift alle Forderungen, nicht nur die Kaufgeldforderung, sondern Ansprüche aller Art, z. B. die Wandelungsklage, die Klage auf Lieferung der Ware, auf Preisminderung, auf Schadenersatz, auf die Versicherungssumme (RG. in LZ. 07, 439[10]) usw. Anm. 4.

c) Den Gläubigern gegenüber. Daraus folgt, daß der Kommittent gegen eine Pfändung und Überweisung der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung die Interventionsklage nach § 771 CPO. erheben kann, auch wenn der Dritte nicht weiß, daß das Geschäft für Rechnung des Kommittenten geht (ROHG. 7, 18; RG. 32, 44; Celle OLGR. 6, 94; Förtsch Art. 368 Anm. 4). Und im Konkurse steht ihm das Aussonderungsrecht nach § 43 KO. zu. Der Konkursverwalter muß die Forderungen (RG. in LZ. 07, 439[10]), auch etwa vorhandene Schecks (RG. 41, 4), dem Kommittenten übereignen; hat er Gelder vom Dritten eingezogen und sie mit anderen vermischt, oder hat er Kommissionsgut weiterveräußert, so entsteht dem Kommittenten ein Masseanspruch nach § 46 KO. (ROHG. 7, 23; RG. 1, 135; RG. in LZ. 07, 439[10]). Der Anspruch des Kommittenten ist nicht ein Absonderungsrecht, da eine fingierte Abtretung vorliegt und die Forderungen daher insoweit als die des Kommittenten zu betrachten sind, während das Absonderungsrecht an Sachen des Gemeinschuldners besteht. Dagegen hat der Kommittent kein dingliches Recht dem Dritten gegenüber, an dem der Kommissionär die Forderungen freiwillig abgetreten hat. Denn wenn auch im Verhältnis des Kommissionärs zum Kommittenten die Forderungen als die des Kommittenten gelten, so ist damit nur ein persönliches, kein dingliches Rechtsverhältnis hergestellt (hierüber unten Anm. 5.

Digitized by Google

§ 392. Anm. 9). Die rechtliche Stellung des Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs nach erklärtem Selbsteintritt richtet sich nach dem Rechte des betreffenden Rechtsgeschäfts, in das eingetreten wird.

Anm. 6. Daß der Kommissionär Delkredere steht, hindert die gesetzliche Abtretungsfiktion nicht: der Kommittent hat dann ein zweifaches Schutzrecht (ROHG. 7, 23; 9, 232).

Anm. 7. Auch unbefugte Stundung hindert das Aussonderungsrecht nicht (Förtsch Art. 368 Anm. 8).

Anm. 8. Hat der Kommissionär die Forderung auf Geld oder Sachen bereits eingezogen, so hat der Kommittent kein Aussonderungsrecht. Im Konkurse des Kommissionärs ist er dann einfacher Konkursgläubiger. — Vgl. Anm. 11.

Anm. 9. d) Dem Kommissionär gegenüber. Dieser ist infolgedessen dem Kommittenten gegenüber auf dessen Verlangen verpflichtet, ihm die Forderungen nach Befreiung von für den Kommittenten eingegangenen Verbindlichkeiten (RG. 47, 118) und nach Deckung seiner Ansprüche aus der Geschäftsbesorgung abzutreten (RG. 58, 276). Er ist nicht berechtigt, eigenmächtig über die Forderungen zu verfügen, sie eigenmächtig einzuziehen oder gar zu verwerten. Geschieht letzteres dennoch, so hat der Kommittent dem Dritten gegenüber kein dingliches Recht. Er hat nur dann ein Recht auf Abtretung gegen den Dritten, wenn dieser mit dem Kommissionär kolludiert hat. Doch liegt Kollusion nicht schon dann vor, wenn der Dritte weiß, daß der Zedent Kommissionär eines anderen ist. Denn immerhin kann ja der Kommissionär besonders ermächtigt sein, die Abtretung der Forderungen vorzunehmen. Vielmehr gehört dazu, daß der Dritte wissentlich mitgewirkt hat, um den Kommittenten zu benachteiligen (vgl. RG. 9, 149; vgl. Exk. zu § 346 Anm. 13). Auch paulianische Anfechtung solcher Abtretung ist statthaft. Zieht der Kommissionär die Forderung ein, so ist der Schuldner befreit (Anm. 11). Der Kommissionär aber verletzt durch eigenmächtige Verfügung über die Forderungen seine Pflichten, wird dadurch schadensersatzpflichtig und unter Umständen auch strafbar (RGSt. 20, 358: Untreue). Der Kommittent kann, da der Kommissionär dem Anspruch des Kommittenten nicht zu genügen vermag, gemäß §§ 325 Abs. 1 Satz 3, 323 Abs. 1 u. 3, 812 BGB. geltend machen, daß der Kommissionär seinen Anspruch auf Provision und Ersatz seiner Aufwendungen verloren habe, und das Gezahlte mit den sich aus § 818 BGB. ergebenden Zinsen zurückverlangen (vgl. RG. 53, 363). Der Kommittent kann in geeigneten Fällen zur Sicherung seiner Ansprüche einstweilige Verfügung erwirken oder Arrest anlegen lassen.

Anm. 10. Zu beachten ist, daß Abs. 2 eingeschränkt wird durch § 399. Die gesetzliche Abtretungsfiktion greift insofern nicht Platz, als der Kommissionär mit seinen Ansprüchen sich an die Forderungen halten kann.

Anm. 11. e) Nicht jedoch dem Schuldner gegenüber. Dieser ist vielmehr berechtigt und verpflichtet, den Kommissionär als seinen Gläubiger anzusehen, der es in Wahrheit auch bis zur Abtretung an den Kommittenten ist. An den Kommissionär kann er daher mit Rechtswirkung zahlen, oder sonst tilgen, z. B. auch durch Aufrechnung bis zur Kenntnis von der Abtretung an den Kommittenten (§§ 407, 409 BGB.). Ist der Kommissionär in Konkurs geraten, so bedarf es der Abtretung der Rechte des Kommissionärs durch dessen Konkursverwalter. Der Kommittent erlangt auch nicht etwa durch den Konkurs des Kommissionärs ein unmittelbares Klagerecht gegen den Schuldner (RG. in LZ. 07, 439[10]). Vor Kenntnis dieser Abtretung kann der Schuldner an den Konkursverwalter wirksam leisten (RG. im Recht 07, 192). An diesen Grundsätzen ändert weder die Kundgebung des Kommissionsverhältnisses etwas, noch irgendeine Mitteilung des Kommittenten an den Dritten, daß ihm die Forderung durch den Kommissionär abgetreten sei. Allein auf die sichere Kenntnis von der Abtretung kommt es an (RG. 32, 42; JW. 05, 641[8]).

Anm. 12. **Zusatz 1.** Über sonstige Folgerungen daraus, daß die Forderungen für den Kommissionär und nicht für den Kommittenten entstehen, insbesondere über die Frage nach der Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums und arglistiger Täuschung in der Person des Kommittenten s. § 383 Anm. 21 und § 387 Anm. 4.

Digitized by Google

Zusatz 2. Von der Frage, ob Besitz und Eigentum an den für den Kommittenten erworbenen Gegenständen unmittelbar für den Kommittenten begründet werden und wie diese auf den Kommittenten übergehen, handelt der vorliegende Paragraph nicht (vgl. hierüber § 383 Anm. 27 ff.). § 392. Anm. 18.

§ 393.

Wird von dem Kommissionär ohne Zustimmung des Kommittenten einem Dritten ein Vorschuß geleistet oder Kredit gewährt, so handelt der Kommissionär auf eigene Gefahr. § 393.

Insoweit jedoch der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts die Stundung des Kaufpreises mit sich bringt, ist in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Kommittenten auch der Kommissionär dazu berechtigt.

Verkauft der Kommissionär unbefugt auf Kredit, so ist er verpflichtet, dem Kommittenten sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten. Wäre beim Verkaufe gegen baar der Preis geringer gewesen, so hat der Kommissionär nur den geringeren Preis, und wenn dieser niedriger ist als der ihm gesetzte Preis, auch den Unterschied nach § 386 zu vergüten.

Lit.: wie zu § 383.

Die Rechtsfolgen unbefugter Vorschuß- und Kreditgewährungen.

1. Wann liegt unbefugte Vorschuß- und wann unbefugte Kreditgewährung vor? Anm. 1.

a) Unter Kreditierung des Kaufpreises wird die Überlassung der Ware ohne die Einforderung des Kaufpreises Zug um Zug gegen die Übergabe verstanden (Förtsch Art. 369 Anm. 6).

b) Unbefugte Vorschußgewährung liegt dann vor, wenn sie der Kommittent nicht bewilligt hat, unbefugte Kreditierung dann, wenn sie weder der Kommittent bewilligt hat, noch der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts das Kreditieren mit sich bringt. Dieser Unterschied ist durch Abs. 2 begründet, demzufolge bei der Vorschußgewährung die mangelnde Einwilligung durch den Handelsgebrauch nicht als gedeckt bezeichnet wird, wohl aber bei der Kreditierung. Keyßner (Art. 369 Anm. 3) hält zwar diesen Unterschied für bedenklich; allein aus den Beratungen geht hervor, daß er gewollt war. Der Wortlaut des zweiten Absatzes, der sonst inhaltslos wäre, bestätigt ihn, und die herrschende Meinung steht auf dem hier vertretenen Standpunkte (Förtsch Art. 369 Anm. 7; Hahn Art. 369 § 1; Willenbücher Art. 369 Anm. 2). Die Einwilligung oder den Handelsgebrauch hat überall der Kommissionär zu beweisen. Das gehört zur Entlastung gegenüber seiner unbefugten Handlungsweise. Die Einwilligung kann auch stillschweigend erfolgen; so z. B. liegt in der Bewilligung einer Delkredere-Provision die Einwilligung in das Kreditieren. Anm. 2.

Was insbesondere die Bewilligung der Vorschuß- und Kreditgewährung betrifft, so kann sie ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein. In der Auferlegung des Delkredere liegt die stillschweigende Ermächtigung zum Kreditieren (oben Anm. 2; Förtsch Art. 370 Anm. 9). Anm. 3.

Was den Handelsgebrauch betrifft, so muß es der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts sein. Das ist der zum Vollzuge der Kommission bestimmte Ort. Anm. 4.

Der ohne Weisung des Komittenten kreditierende Kommissionär ist entlastet, insoweit der Handelsgebrauch das Kreditieren mit sich bringt. Insoweit, das heißt: wie lange, welchen Personen gegenüber, Einheimischen oder Fremden, ferner unter welchen Umständen, z. B. bei Ausstellung von Wechseln, bei Bürgschaftsleistungen, bei Pfandbestellungen, unter Vorbehalt des Eigentums (Hahn § 3 zu Art. 360). Anm. 5.

Digitized by Google

§ 393. 2. Die Rechtsfolgen unbefugter Vorschuß- und Kreditgewährungen sind:

Anm. 6. a) Die Vorschuß- und Kreditgewährung geht auf eigene Gefahr des Kommissionärs (Abs. 1). Das bedeutet: auch wenn der Kommittent das Geschäft nachträglich genehmigt, so haftet doch der Kommissionär ohne weiteres für die durch die ursprünglich unbefugte Kreditgewährung entstehenden Verluste. Das Recht, das Geschäft nach § 385 zurückzuweisen, ist aber dadurch nicht beeinträchtigt, soweit nicht Abs. 3 Platz greift.

Anm. 7. b) Bei unbefugter Kreditgewährung durch den Verkaufskommissionär gilt das Besondere, daß der Kommissionär sofort Zahlung zu leisten verpflichtet ist. Der Kommittent ist also nicht berechtigt, das Geschäft nur deshalb zurückzuweisen, weil unbefugt Kredit gewährt ist, vielmehr hat er die Wahl: entweder er genehmigt das Geschäft so, wie es abgeschlossen ist, also mit dem gewährten Kredit, oder aber er verlangt sofortige Zahlung vom Kommissionär. Und auch gegen den Anspruch auf sofortige Zahlung hat der Kommissionär die im Abs. 3 erwähnten Einwendungen.

Anm. 8. Übrigens ist der Grundsatz, daß sofortige Zahlung beansprucht werden kann, cum grano salis zu verstehen, wie Keyßner Art. 369 Anm. 5 mit Recht hervorhebt. Hat der Kommissionär nur ein längeres Ziel bewilligt, als ihm gestattet war, so bedeutet die sofortige Zahlungspflicht nur, daß der Kommittent sofort nach Ablauf der ihm zugestandenen Frist Zahlung verlangen kann (anders Förtsch Art. 369 Anm. 3).

Anm. 9. Macht der Kommittent von seinem Rechte, sofortige Zahlung zu beanspruchen, Gebrauch, so kann der Kommissionär die dem Schuldner zustehenden Einreden (wegen mangelhafter Lieferung usw.) erheben (vgl. ROHG. 21, 146).

Anm. 10. Hat der Kommissionär befugterweise kreditiert, so hat der Kommittent gegen den Kommissionär immer noch die Rechte wegen Verletzung der Sorgfalt beim Kreditieren, z. B. wegen Kreditierens an einen zahlungsunfähigen Schuldner.

Anm. 11. Das Recht aus § 392 Abs. 2 hat der Kommittent auch bei unbefugtem Kreditieren (Förtsch Art. 369 Anm. 10).

§ 394.

§ 394. Der Kommissionär hat für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt, einzustehen, wenn dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.

Der Kommissionär, der für den Dritten einzustehen hat, ist dem Kommittenten für die Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar insoweit verhaftet, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse gefordert werden kann. Er kann eine besondere Vergütung (Delkredereprovision) beanspruchen.

Lit.: wie zu § 383.

Der Paragraph behandelt die Delkrederekommission.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Begriff und Voraussetzungen der Delkrederekommission.**

a) Die Delkrederekommission ist nicht eine Art Verbürgung, da der Kommittent keine Forderung an den Vertragsgegner des Kommissionärs hat. Aber die Haftung ist bürgschaftsähnlich; der Kommissionär haftet nicht als Gesamtschuldner neben dem Dritten, sondern wie ein Bürge akzessorisch; seine Verpflichtung ist abhängig von der Hauptschuld, weshalb ihm alle Einreden des Hauptschuldners zugehen (ROHG. 21, 146 u. unten Anm. 5). Es ist eine Erweiterung der Haftung des Kommissionärs. Daraus folgt, daß im übrigen das Rechtsverhältnis der Kommission durch die Übernahme des Delkredere unberührt bleibt; also wird der Kommissionär auch hier nicht ohne weiteres Eigentümer

Digitized by Google

des eingekauften Kommissionsguts; auch hier muß er Rechnung legen; auch hier besteht das Ausſonderungsrecht des § 392 Abs. 2. Auch das Recht des Eintritts als Selbstkontrahent wird dadurch nicht ausgeschlossen (ROHG. 19, 52). Auch kann der Kommissionär nicht auf Unterlassung von Vertragswidrigkeiten seines Vertragsgegners verklagt werden. Denn für diesen haftet er nur so, daß er zahlen muß, wenn dieser nicht zahlt (Hamburg OLG. 10, 343). § 394.

b) Die Haftung für das Delkredere setzt dessen Übernahme voraus. Ohne weiteres haftet der Kommissionär nicht für die Verbindlichkeiten seines Vertragsgegners. Bei der Frage, ob in den Erklärungen der Parteien jene Haftungsübernahme zu erblicken ist, kommen die §§ 133, 157 BGB. zur vollen Geltung und zwar auch nach der Richtung, daß der Kommittent nicht besondere, nur ihm bekannte, auf die Zahlungsunfähigkeit des Kunden deutende Umstände dem Kommissionär bei Auferlegung des Delkredere verschweigen darf (JW. 97, 370[15]). Die Übernahme kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Bei Auslegung der Willenserklärung ist auf den Willen der Parteien zu achten und auch auf die Handelsgebräuche Rücksicht zu nehmen. Eine stillschweigende Übernahme wird besonders in der Ausbedingung einer Delkredereprovision zu erblicken sein. Dagegen ist in der Vereinbarung über den Ausschluß einer Delkredereprovision nicht sicher der Ausschluß des Delkredere zu erblicken (RG. 20, 113). Anlangend die Handelsgebräuche, so sind nur die entscheidend, die am Orte der Niederlassung des Kommissionärs gelten. Anm. 2.

c) Gegenstand der Delkrederekommission ist hauptsächlich das Einstehen für die Zahlung des Kaufpreises bei der Verkaufskommission, doch spricht das Gesetz allgemeiner von der „Erfüllung der Verbindlichkeit". Sie ist also auch denkbar als Einstehen für die pünktliche Lieferung der vom Einkaufskommissionär besorgten Ware, und auch sonst in jeder anderen Hinsicht. Anm. 3.

2. (Abs. 2.) **Die Rechtswirkungen der Delkrederekommission: der Kommissionär haftet:** Anm. 4.

a) **unmittelbar und persönlich.** Die Einrede der Vorausklage ist allerdings schon begrifflich nicht denkbar, weil ja zwischen dem Kommittenten und dem Dritten keine Rechte und Pflichten entstehen. Aber es kann auch der Kommissionär dem Kommittenten nicht zumuten, sich zunächst die Forderung gegen den Dritten abtreten zu lassen und auf Grund der Abtretung die Geltendmachung der Forderung zu versuchen (ROHG. 9, 233; 19, 55; vgl. RG. 16, 130). Hiergegen wendet sich die Vorschrift der unmittelbaren Haftung. Wohl aber ist der Kommittent berechtigt, die Abtretung der Forderung zu verlangen (ROHG. 9, 232; vgl. § 392 Anm. 9), und er kann zunächst versuchen, gegen den Dritten vorzugehen. Dadurch, daß er dies tut, vergibt er sich in seinen Rechten gegen den Kommissionär nichts. Er darf jederzeit auf diesen zurückgreifen (vgl. ROHG. 20, 383). Wenn er von diesem befriedigt ist, so ist er verpflichtet, ihm die Rechte gegen den Dritten zurückzuübertragen.

b) **Soweit die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse überhaupt rechtlich gefordert werden kann.** Der Kommissionär haftet nicht weiter, als der Vertragsgegner (vgl. oben Anm. 1). Der Kommittent hat daher das Bestehen der Hauptschuld zu beweisen (ROHG. 19, 187), und dem Kommissionär stehen alle Einreden zu, die der Dritte erheben könnte, insbesondere die wegen mangelhafter Erfüllung oder wegen zufälliger Unmöglichkeit; nur daß der Kommittent, wenn der Kommissionär selbst die Existenz der Einrede verschuldet hat, ihm die Einrede der Arglist entgegenhalten kann (ROHG. 21, 147). In dem Delkredere liegt daher ein Einstehen für das Leistenkönnen und Leistenwollen des Dritten, während ein unbedingtes Einstehen für die Erfüllung, so zwar, daß auch die zufällige Unmöglichkeit, auf seiten des Schuldners den Kommissionär von der Haftung nicht befreit, keine Delkrederehaftung mehr wäre (ROHG. 23, 107). Die Übernahme einer solchen Haftung kommt allerdings auch vor, sie heißt Kreditassekuranz (vgl. unten Anm. 10). Anm. 5.

3. (Abs. 2.) **Die Delkrederekommission.** Anm. 6.

a) Der Kommissionär, der auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Delkredereübernahme oder auf Grund des Handelsgebrauchs für seinen Kon-

Digitized by Google

§ 394. trahenten einsteht, hat Anspruch auf eine besondere Provision hierfür, ohne daß dies besonders vereinbart zu werden braucht. Es kann aber dieser Sonderanspruch durch hierauf gerichtete Willenserklärungen wieder beseitigt werden (vgl. RG. 20, 113), die ihrerseits gleichfalls auch stillschweigend erklärt werden und auch auf Handelsgebrauch beruhen können. So z. B. kann in der Vereinbarung einer besonders hohen Geschäftsprovision die schlüssige Willenserklärung liegen, daß darin schon die Vergütung für das Delkredere inbegriffen sei. (So ist wohl auch das Urteil in Bolze 7 Nr. 517 aufzufassen.)

Anm. 7. b) Es wirft sich hierbei die Frage auf, ob der Kommissionär auch dann die Delkredereprovision zu beanspruchen hat, wenn im einzelnen Falle begrifflich von einem Gefahrlaufen keine Rede sein konnte, z. B. weil die Ware Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises übergeben wurde. Hahn (Art. 370 § 8; vgl. Förtsch Art. 370 Anm. 7) bejaht diese Frage, indem er in der Delkredereprovision eine Vergütung schon für das Übernehmen der Haftung für die Gefahr, die etwa entstehen könnte, erblickt, nicht nur für das Tragen der Gefahr, die wirklich entstanden ist. Grünhut (364) ist anderer Ansicht. Die letztere ist zutreffend. Das Übernehmen der bedingten Haftung ist nur der Nebenvertrag, durch den der Kommissionär verpflichtet wird, die Gefahr zu tragen, wenn eine solche entstehen sollte. Daß aber jemand für den bloßen Abschluß eines Vertrages bezahlt wird, ist etwas Ungewöhnliches, wenn es auch begrifflich denkbar ist und vorkommt (Abschlußprovision bei den Baugelderbanken). Zudem sprechen die Gesetzesworte gegen Hahns Ansicht. Schon das Wort Delkredereprovision deutet darauf hin, daß die Provision nur für das Delkrederestehen, für das Tragen der Gefahr im Falle, daß wirklich kreditiert wird, zusteht, und überdies war früher im Abs. 3 des Art. 370 ausdrücklich gesagt, daß der Kommissionär, der für seinen Kontrahenten einsteht, die Provision zu beanspruchen hat, nicht der, der das Einstehen übernommen hat. Eine Änderung ist nicht beabsichtigt. In Abs. 1 sind aber diese beiden Begriffe (Einstehen und Übernehmen des Einstehens) wohl unterschieden. Es steht für die Verbindlichkeit bedingt ein, wer das Einstehen übernommen hat. Wie groß die Gefahr ist, die der Kommissionär übernimmt, ist freilich gleichgültig. Es ist nichts weiter erforderlich, als daß er kreditiert hat (vgl. über diesen Begriff § 393 Anm. 1).

Anm. 8. c) Die Höhe der Provision bestimmt sich in Ermangelung besonderer Abrede nach dem Handelsgebrauch am Orte der Niederlassung des Kommissionärs (Anschütz und Völderndorff 3, 360).

Anm. 9. **Zusatz 1. Der Delkrederekommissionär kann seine Haftung von vornherein begrenzen.** Darüber besteht kein Zweifel. Zweifelhaft ist aber geworden, ob schon in der Übernahme eines Delkredere für eine befristete Forderung auch eine zeitliche Begrenzung des Delkredere liegt. Hierüber wird man die Grundsätze über die Bürgschaft entsprechend anwenden (vgl. daher § 349 Anm. 28).

Anm. 10. **Zusatz 2. Bei der Kreditassekuranz** (s. oben Anm. 5) bedeutet jede Stundung der Hauptforderung eine Erhöhung der Gefahr und beseitigt die Haftung für diese (RG. 5, 356).

Anm. 11. **Zusatz 3.** Außer der Kreditassekuranz ist noch eine andere, der Delkrederehaftung ähnliche Haftungsübernahme denkbar, nämlich die Garantie dafür, daß der Kommittent aus der Fortsetzung der Spekulation keinen ferneren Schaden erleiden werde (ROHG. 5, 229). Ob eine solche Übernahme vorliegt, ist auf Grund der §§ 133 und 157 BGB. festzustellen. Dabei sind aber bloße Redensarten, die etwa ein Bankier dem Kunden gegenüber, um ihn zu beruhigen, fallen läßt, wie: „Ich werde schon dafür sorgen, daß Sie nichts verlieren", nicht ohne weiteres als eine Garantieübernahme zu betrachten (JW. 93, 237[18]). Über Garantiehaftung bei der Konfignation s. § 383 Anm. 41.

Anm. 12. **Zusatz 4.** Die Haftung für den Eingang kann auch darauf beruhen, daß der Kommissionär bei der Kreditierung nicht mit der gehörigen Sorgfalt verfahren ist. Das ist aber kein Delkrederestehen und berechtigt keineswegs zu einer Provision.

Digitized by Google

§ 395.

Ein Kommissionär, der den Ankauf eines Wechsels übernimmt, ist verpflichtet, den Wechsel, wenn er ihn indossirt, in üblicher Weise und ohne Vorbehalt zu indossiren. § 395.

Lit.: wie zu § 383.

1. **Der Paragraph setzt voraus, daß der Kommissionär den Ankauf eines Wechsels übernommen hat.** Das bezieht sich nicht nur auf einen ausdrücklichen Auftrag dieses Inhalts, sondern auf alle Fälle, in denen auch nur stillschweigend oder in ordnungsmäßiger Ausführung eines Kommissionsgeschäfts ein Wechsel für Rechnung des Kommittenten erworben ist (nicht nur angekauft, sondern auch z. B. in Zahlung genommen; RG. 20, 112; Hahn Art. 373 § 1). Anm. 1.

2. **Der Paragraph setzt ferner voraus, daß der Kommissionär den Wechsel indossiert.** Es soll dem, der auftragsgemäß einen Wechsel für Rechnung des Kommittenten erwirbt, nicht etwa die Verpflichtung auferlegt werden, ihn zu indossieren, überhaupt oder in irgendeiner Form. Eine solche Verpflichtung war geplant, ist aber in das Gesetz nicht aufgenommen worden. Es kann daher der Kommissionär den Wechsel auch unmittelbar vom Gegenkontrahenten an den Kommittenten indossieren und mit Blankogiro versehen lassen und so dem Kommittenten übermitteln. Wenn aber der Kommissionär den Wechsel indossiert, so soll er dies in regelmäßiger und vorbehaltloser Form tun, damit er den Wechsel nicht diskreditiere, was durch ein anormales Indossament sehr leicht geschehen kann (RG. 20, 114). Anm. 2.

3. **Der Kommissionär hat, wenn er den Wechsel indossiert, ihn regelmäßig und ohne Vorbehalt zu indossieren.** Dadurch sind ausgeschlossen: das Rekta-, das Prokura-Indossament und das Giro ohne Obligo (WO. Art. 14, 15, 17). Anm. 3.

4. **Die Wirkung des dem Gesetze entsprechenden Indossaments** ist die aus der Wechselordnung sich ergebende. Der Kommissionär haftet jedem späteren Nachmann wechselmäßig, seinem unmittelbaren Nachmann (dem Kommittenten) gegenüber hat er aber den auf Art. 82 WO. beruhenden Einwand, daß er für Rechnung des Kommittenten den Wechsel erworben und ihm nur indossiert habe, um lediglich seiner gesetzlichen Verpflichtung dahin zu genügen, ein der äußeren Form nach tadelloses Indossament auf den Wechsel zu setzen, nicht um sich ihm gegenüber für den Wechselbetrag zu verpflichten (RG. 20, 113). Eine Haftung entsprechend dem Delkrederestehen kann zwar übernommen werden; dies muß aber durch Handelsgebrauch oder Übereinkunft nach § 394 besonders begründet werden (RG. 20, 114), oder auch dadurch begründet sein, daß der Kommissionär bei dem Verkaufsgeschäfte oder bei der Abnahme des Wechsels nicht mit der gehörigen Sorgfalt verfahren ist. Ist eine solche besondere Haftung nicht begründet, dann kann der Kommissionär, wenn er von dem Dritten belangt wird, vom Kommittenten Ersatz der Regreßsumme verlangen (ROHG. 13, 279; Hahn § 9 zu Art. 373). Anm. 4.

Danach beantwortet sich auch die Frage, ob der Kommissionär für das Indossament Delkredereprovision beanspruchen kann. Er kann dies nur dann, wenn er für den Eingang des Wechsels nach Handelsgebrauch oder Übereinkunft eine besondere Haftung übernommen hat (Hahn § 8 zu Art. 373). Anm. 5.

Der Wechselschuldner darf, wenn der Wechsel solchergestalt durch Indossament (oder durch Blankoübergabe) dem Kommittenten übertragen ist, diesem nicht etwa ohne weiteres Einreden entgegensetzen, die er gegen den Kommissionär hat; es liegt keine anormale Sukzessionsart im Sinne von Anm. 4 zu Art. 82 von Staub WO. vor. Anm. 6.

5. **Hat der Kommissionär den Wechsel indossiert, aber nicht dem Gesetze entsprechend,** so hat er seiner Verpflichtung zuwidergehandelt, muß sich gefallen lassen, daß der Kommittent den Wechsel zurückweist, und er haftet für Schadensersatz (§ 385). Anm. 7.

Digitized by Google

§ 396.

§ 396. Der Kommissionär kann die Provision fordern, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Ist das Geschäft nicht zur Ausführung gekommen, so hat er gleichwohl den Anspruch auf die Auslieferungsprovision, sofern eine solche ortsgebräuchlich ist; auch kann er die Provision verlangen, wenn die Ausführung des von ihm abgeschlossenen Geschäfts nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde unterblieben ist.

Zu dem von dem Kommittenten für Aufwendungen des Kommissionärs nach den §§ 670, 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu leistenden Ersatze gehört auch die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel des Kommissionärs.

Lit.: wie zu § 383.

Einleitung. **Der Paragraph behandelt die Ansprüche des Kommissionärs auf Belohnung und Erstattung** (Abs. 1: Ansprüche auf Belohnung, Abs. 2: Anspruch auf Erstattung). Die Ansprüche setzen voraus, daß der Kommissionär seinen Verpflichtungen genügt hat (RG. bei Förtsch Art. 371 Anm. 2; JW. 03, 374[9]), auch in bezug auf Rechenschaftsablegung (ROHG. 10, 190; 22, 4; Bolze 1 Nr. 465; auch Bolze 8 Nr. 435). Der Provisionsanspruch hat noch ein weiteres Erfordernis.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Der Anspruch auf Belohnung (Provision).** Derselbe ergibt sich aus § 354. Die Provision ist Vergütung für die Mühewaltung, aber auch für die Verantwortung, die der Kommissionär in bezug auf die sorgfältige Ausführung des Geschäfts übernimmt. Über die Höhe des Provisionsanspruchs ergibt das Nähere die Erläuterung zu § 354. Hier wird nur über die Bedingungen des Provisionsanspruchs gesprochen.

Anm. 2. a) **Regelmäßig kann die Provision nur nach Ausführung des Geschäfts gefordert werden.**

α) Die Ausführung des Geschäfts bedeutet nicht etwa die Erfüllung des Kommissionsauftrags durch Abschluß des aufgetragenen Geschäfts, sondern die Ausführung des letzteren oder dessen Erfüllung (Hahn Art. 371 § 14; Förtsch Art. 371 Anm. 10; vgl. ROHG. 1, 77; 20, 325). Jedoch wird nicht immer die vollständige Erfüllung des Geschäfts zu fordern sein. Vielmehr gibt es Verhältnisse, in denen das noch nicht vollständig erfüllte Geschäft doch im Sinne des vorliegenden Paragraphen als ausgeführt gilt und der schillernde Ausdruck „wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist", ist absichtlich stehen gelassen worden, um derartigen Verhältnissen Rechnung zu tragen (D. 238). Den Beweis, daß die Ausführung des Geschäfts erfolgt ist, hat der Kommissionär zu führen. Das folgt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus seiner Rechenschaftspflicht, der er genügt haben muß, um seine Ansprüche zur Existenz zu bringen (vgl. die Einleitung u. § 384 Anm. 17).

Anm. 3. β) Daß die Provision durch die Ausführung des Geschäfts bedingt wird, gilt auch dann, wenn der Kommissionär mit der Ausführung des Geschäfts gar nicht befaßt ist, sondern nur mit dem Vertragsabschlusse (vgl. ROHG. 1, 77).

Anm. 4. γ) Der Kommissionär wird also nicht für seine Tätigkeit, sondern für den Erfolg des Geschäfts belohnt. Er ist dadurch schlechter gestellt, als der Makler (Erl. vor § 93 Anm. 18ff.) und steht dem Agenten gleich (§ 88).

Anm. 5. δ) Durch diese Bestimmung bleibt der Kommittent Herr des Geschäfts bis zu dessen Ausführung; er braucht dem Kommissionär, wenn das Geschäft nicht zur Ausführung kommt, keine Provision zu zahlen. Es sei denn, daß er die Ausführung des Geschäfts durch sein Verschulden vereitelt hat, oder daß die Ausführung des von dem Kommissionär abgeschlossenen Geschäfts aus sonstigen nur in der Person des Kommittenten liegenden Gründen unterblieben ist. (Hierüber § 88 Anm. 3—11).

Digitized by Google

ε) Sicher kann der Kommissionär keine Provision fordern, wenn das Geschäft nicht einmal abgeschlossen ist, mag dies auch auf willkürlichem Widerruf des Kommittenten beruhen (ROHG. 20, 325; OG. Wien Adler-Clemens Nr. 537). Das gilt auch nach jetzigem Rechte (§ 383 Anm. 23). Denn Abs. 1 unseres Paragraphen bestimmt etwas anderes nur für den Fall, daß die Nichtausführung des abgeschlossenen Geschäfts durch die Person des Kommittenten verschuldet ist; den Ersatz der behufs Ausführung der Kommission bereits gemachten Aufwendungen kann der Kommissionär in dem Falle verlangen, daß das Geschäft ohne sein Verschulden nicht zum Abschlusse gelangt ist (D. 238). Wendet der Kommissionär ein, daß vor Eintreffen des Widerrufs das Geschäft bereits abgeschlossen worden ist, so hat er dies zu beweisen (ROHG. 16, 305). Über den Widerruf als Willenserklärung siehe Exk. zu § 361 Anm. 15 u. 31. § 396. Anm. 6.

b) **Ausnahmsweise kann eine Auslieferungsprovision** beansprucht werden. Eine solche kann z. B. vorkommen, wenn der Verkaufskommittent die Kommission widerruft und das Gut zurückverlangt. Es entscheidet hierüber der Ortsgebrauch der Handelsniederlassung des Kommissionärs, nicht der Ort, an dem die Ware abgesetzt werden sollte (RG. 17, 31). Anm. 7.

c) **Selbstverständlich können die Parteien auch sonst den Provisionsanspruch an den bloßen Abschluß des Geschäfts knüpfen** (ROHG. 16, 379). Anm. 8.

d) **Wenn der Kommissionär zuläßigerweise** (hierüber § 383 Anm. 26; § 384 Anm. 8; § 387 Anm. 4) **von beiden Teilen den Kommissionsauftrag entgegengenommen hat,** so kann er auch von beiden Teilen Provision fordern (ROHG. 7, 90). Anm. 9.

e) **Die Provision unterliegt der Verjährung** nach § 196 BGB. (2 Jahre; wenn die Besorgung erfolgt ist zur Förderung des Gewerbebetriebes des Kommittenten 4 Jahre). Über die gleiche Frage für den Fall des Selbsteintritts s. § 400 Anm. 28. Anm. 10.

2. (Abs. 2.) **Der Anspruch auf Erstattung.** Hierüber bestimmt § 670 BGB., der nach unserem Abs. 2 hier Anwendung findet: Anm. 11.

> Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.

Hiernach kann der Kommissionär alle Aufwendungen ersetzt verlangen, die er den Umständen nach zum Zwecke der Ausführung des Geschäfts für erforderlich halten darf und zwar so, daß der Kommissionär vor Schaden bewahrt bleibt (RG. 55, 93). Insbesondere gilt dies nach dem Abs. 2 unseres Paragraphen von der Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel des Kommissionärs.

a) Im allgemeinen ist hierzu zu bemerken: Anm. 12.

α) Nur wirkliche Auslagen kann der Kommissionär ersetzt verlangen. Hat er sich mit dem Dritten auf ein Geringeres geeinigt, so kommt der Vorteil dem Kommittenten zugute (§ 387). Ist er nur einen Betrag schuldig geworden und hat er ihn noch nicht bezahlt, so tritt an die Stelle der Erstattungs- die Befreiungspflicht (Hahn Art. 371 § 1; Förtsch Art. 371 Anm. 12) und zwar so, daß der Kommittent nach seiner Wahl seiner Verpflichtung entweder gegenüber dem Kommittenten unmittelbar durch Zahlung oder Sicherstellung genügt, oder so, daß er an den Vertragsgegner des Kommissionärs leistet (RG. 47, 118).

β) Der Kommissionär kann alle Auslagen ersetzt verlangen, die er für zweckdienlich erachten durfte. Es kommt also nicht objektiv darauf an, ob sie sich nachträglich als zweckdienlich erwiesen haben. Auch was sich nachträglich als überflüssig herausgestellt hat, muß doch erstattet werden, wenn jemand in vernünftiger Erwägung der Sachlage mitten in der betreffenden Lage die Auslage zum Zwecke der Ausführung des Geschäfts für erforderlich halten durfte, und er daraufhin das Geschäft in zweckdienlicher Weise ausgeführt hat. So kann sich auch eine Entschädigungspflicht des Kommittenten für zufälligen Schaden ergeben, den der Kommissionär durch vergebliche Aufwendungen erlitten hat (ROHG. 23, 107; Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag. Jena 03, 200 ff.). Anm. 13.

γ) Die Auslagen kann der Kommissionär auch dann ersetzt verlangen, wenn die Kommission widerrufen wird.

Digitized by Google

§ 396. b) Im einzelnen ist zu bemerken:

Anm. 14. α) **Vorschüsse. Nach dem Gesetze ist der Kommissionär nicht verpflichtet, in Vorschuß zu gehen,** er kann vielmehr verlangen, daß ihm vom Kommittenten im voraus die Mittel zur Ausführung des Geschäfts zur Verfügung gestellt werden (RG. 23, 413; OG. Wien Adler-Clemens Nr. 341). Doch kann die Vorschußpflicht ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden. Die stillschweigende Vereinbarung liegt in der Übernahme eines Kommissionsauftrages, der anders nicht ausgeführt werden kann, z. B. in der Entgegennahme eines Auftrages zur Ausführung eines Börsengeschäfts durch den Bankier. Der tatsächlich geleistete Vorschuß kann nicht als selbständiges Darlehen zurückgefordert werden, sondern mittels der actio mandati contraria, also im Falle der Stellung eines Depots erst nach Abwicklung des Geschäfts und auf Grund des Nachweises, daß sich als Ergebnis des Geschäfts ein Saldo für den Kommissionär ergeben hat, weil in solchem Falle der Vorschuß als kreditiert zu gelten hat (ROHG. 10, 189). Der Kommissionär braucht nur zu beweisen, daß er in Ausführung der Kommission gezahlt hat. Der Kommittent muß dann dartun, daß er Vorschuß geleistet hat (Bamberg OLGR. 10, 184). — Überall dort, wo der Vorschuß oder die sonstige Leistung des Kommissionärs als kreditiert zu gelten hat, kann der Kommissionär vor Ablauf der Kreditfrist nicht Deckung oder Sicherung oder Erhöhung der geleisteten Deckung oder Sicherung verlangen, jedenfalls nicht deshalb, weil durch die Kursentwicklung das Risiko des Kommissionärs sich anscheinend vergrößert; gegen diese Gefahr muß sich der Kommissionär vor der Krediteinräumung schützen (JW. 91, 275[15]). Die Angst ist jedenfalls kein Rechtsgrund. Anders wenn das Pfand im Werte sinkt (§ 368 Anm. 35).

Anm. 15. β) **Alle sonstigen Leistungen, die der Kommissionär machen mußte, um seinen Verpflichtungen gegenüber dem Dritten gerecht zu werden,** soweit ihn nicht eine Schuld trifft. Dazu gehört auch der dem Dritten geleistete Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auch wenn der Kommittent infolge von Zufall den Kommissionär nicht in den Stand gesetzt hat, seiner Erfüllungspflicht gegenüber dem Dritten zu genügen (ROHG. 23, 107), oder wegen mangelhafter Erfüllung; es sei denn, daß der Kommissionär selbst die mangelhafte Erfüllung verschuldet hätte (ROHG. 21, 311). Überall ist hier nur der konkrete Schaden zu ersetzen; § 326 BGB. u. § 376 HGB. greifen nicht Platz (OG. Wien Adler-Clemens Nr. 1115). Neben solchen Schadensansprüchen bleibt der Anspruch auf Provision bestehen (OG. Wien Adler-Clemens Nr. 577).

Anm. 16. γ) **Besonders sind hervorgehoben: die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Transportmittel des Kommissionärs.** Hierbei ist zweierlei zu beachten:

αα) Die Vergütung kann der Kommissionär auch dann fordern, **wenn wegen Nichtausführung des Geschäfts die Provision nicht verdient ist,** sofern er nur nicht die Nichtausführung verschuldet hat, da sonst die Aufwendung nicht als nützlich betrachtet werden kann, so insbesondere, wenn er seine Verpflichtungen nicht erfüllt, sich nicht bemüht hat, den Kommissionsauftrag auszuführen (KG. KGBl. 94, 4). Lagergeld kann der Kommissionär auch dann fordern, wenn er das Gut wider den Willen des Kommittenten zum Zwecke der Sicherung seines Pfandrechts zurückbehält (Burchard 363; § 354 Anm. 13).

Anm. 17. ββ) **Diese Vergütung kann andererseits neben der Provision gefordert werden.** Indessen ist mit der Provision alles abgegolten, was der Kommissionär an kaufmännischen Diensten leistet, also auch die Benutzung der Lagerräume und der Transportmittel und die Arbeit seiner Leute, soweit diese Leistungen zu kaufmännischen Diensten benutzt werden (vgl. D. 238). Wenn z. B. dem Inhalt des Kommissionsauftrages entsprechend der Verkauf im Laden erfolgen soll, so kann der Kommissionär nicht besonders Ladenmiete ansetzen; ebenso kann er in diesem Falle nicht das Gehalt seiner Comptoirbeamten anteilig berechnen; es handelt sich hierbei nur um Leistungen anderer Art: Aufbewahrung in besonderen Lagerräumen, Dienstleistungen beim Ein- und Ausladen.

Digitized by Google

γγ) Überall hat der Kommissionär solche Ansprüche durch Bezeichnung der benutzten Lagerräume usw. tatsächlich genau zu begründen (ROHG. 7, 382). § 396. Anm. 18.

δ) Ob die verauslagte Versicherungsprämie als nützliche Aufwendung ersetzt werden muß, darüber vgl. § 390 Anm. 10. Anm. 19.

ε) Die Gefahr eines vom Kommissionär mit dem Dritten geführten Prozesses trägt der Kommittent. Er hat die Prozeßkosten und auch die Urteilssumme zu erstatten, und kann nicht einfach unrichtige Entscheidung einwenden, sondern nur mangelnde Sorgfalt des Kommissionärs (ROHG. 21, 310; vgl. RG. 47, 118). Anm. 20.

ζ) Überall ist vorausgesetzt, daß der Kommissionär seinen Verpflichtungen genügt hat, insbesondere auch hinsichtlich der Rechenschaftsablegung (vgl. oben die Einleitung). Anm. 21.

Zusatz 1. Über den Erfüllungsort und Gerichtsstand für die Ansprüche des Kommissionärs s. § 384 Anm. 30 u. § 383 Anm. 37. Anm. 22.

Zusatz 2. Die Rechte des Kommissionärs sind mit dem Anspruch auf Vergütung und Erstattung keineswegs erschöpft. So kann z. B. der Kommissionär von seinen Auslagen auch Zinsen fordern (§ 354). Der Kommissionär kann verlangen, daß der Kommittent ihn in den Stand setzt, das aufgetragene Geschäft rechtzeitig zu erfüllen, also ihm bei der Verkaufskommission die Ware rechtzeitig zu liefern (RG. 23, 413), ihm bei der Einkaufskommission den Kaufpreis zu ersetzen (RG. 23, 413). Sonst kann der Verkaufskommissionär die Ware selbst beschaffen und der Einkaufskommissionär kann sonst das Gut verkaufen lassen und sich wegen seiner Ansprüche bezahlt machen (§ 398). Anm. 23.

§ 397.

Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute, sofern er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften. § 397.

Lit.: wie zu § 383.

Der vorliegende Paragraph regelt das gesetzliche Pfandrecht am Kommissionsgut und zwar nur die Voraussetzungen und den Gegenstand des Pfandrechts. Die Wirkungen des Pfandrechts (seine Realisierung) sind hier nicht behandelt, werden aber erwähnt werden. Einleitung.

1. **Voraussetzung des Pfandrechts** ist das Bestehen eines Anspruchs des Kommissionärs aus dem Kommissionsverhältnisse oder eines Befreiungsanspruches infolge dieses Verhältnisses oder einer Forderung aus laufender Rechnung aus Kommissionsgeschäften. In letzterem Falle braucht also keine Konnexität vorhanden zu sein. Unter der laufenden Rechnung ist nicht nur ein eigentliches Kontokorrentverhältnis zu verstehen. Das Pfandrecht besteht wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften. Die laufende Rechnung braucht sich auch nicht gerade auf das einzelne Kommissionsgeschäft zu beziehen, das zur Anschaffung desjenigen Kommissionsgutes geführt hat, an dem das Pfandrecht geltend gemacht wird (RG. 9, 430; Laband ZHR. 9, 449; Cosack § 43 II 13b; Lehmann-Ring § 397 Nr. 7; Regelsberger in IheringsJ. 46, 21; a. M. 6./7. Aufl. und Düringer-Hachenburg III 416, wonach nur ein Kontokorrent nach § 355 gemeint sein soll). Die in laufender Rechnung enthaltenen Ansprüche müssen nicht einmal von dem Kommissionär in dieser Eigenschaft eingegangen sein; auch die Ansprüche sind gedeckt, die gegen den Kommissionär als Kommittenten seitens einer Bank entstanden sind. Auch die Geschäfte gehören in die laufende Rechnung, in die der Kommissionär als Selbstkontrahent eingetreten ist (Oertmann BankA. 07, 137); Anm. 1.

Digitized by Google

§ 397. wie überhaupt alle Ansprüche aus Provision, Vorschüssen, Frachten, Bearbeitungskosten, Darlehen, Lagerung usw., die mit Rücksicht auf das Kommissionsgut entstanden sind (Prot. 1208) und außerdem alle Ansprüche aus Kommissionsgeschäften, wenn sie auch nicht gerade mit Rücksicht auf das einzelne Kommissionsgut entstanden sind. Dagegen sind anderseits alle Posten auszuscheiden, die nicht aus Kommissionsgeschäften herrühren (RG. 9, 430); z. B. aus Akzeptkredit. Aber auch nach der strengen Ansicht, die ein eigentliches Kontokorrent fordert, kann der Kommissionär das für die Einzelposten des eigentlichen Kontokorrents bestehende Pfandrecht insoweit geltend machen, als sein Kontokorrentguthaben und die pfandgesicherte Forderung sich decken (§ 356). Selbstverständlich können die Parteien auch vereinbaren, daß der Kommissionär am Kommissionsgut ein Pfandrecht auch wegen solcher Forderungen haben soll, die nicht aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften herrühren (vgl. § 368 Anm. 7 und 8).

Anm. 2. Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen, daß das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs an allen Forderungen aus laufender Rechnung ohne Rücksicht auf Konnexität entsteht, erleidet durch § 8 des Bankdepotgesetzes eine Ausnahme. In diesem ist dem Kaufmann bei der Weitergabe fremder Wertpapiere zur Aufbewahrung, Veräußerung, zum Umtausch oder Bezug anderer Wertpapiere die Pflicht auferlegt, dem Dritten zu sagen, daß es sich um fremde Wertpapiere handelt, und bei der Weitergabe einer Kommission zum Einkauf von Wertpapieren dem Dritten zu sagen, daß dies für fremde Rechnung geschieht (vgl. § 400 Anm. 32). Die Wendung „in Kommission" enthält diese Mitteilung (Riesser 75). In jeder Übersendung von Papieren, die auf den Namen eines Dritten lauten (Namensaktien und Kuxe) liegt die Mitteilung, daß sie dem Dritten gehören. Was offenkundig ist, braucht nicht noch besonderer Mitteilung. Die Mitteilungspflicht besteht übrigens auch dem ausländischen Bankier gegenüber (Riesser 74). Macht nun der Kaufmann pflichtgemäß diese Mitteilung (er braucht sie nicht zu machen, wenn der Kommissionär dem Kommittenten nur gleichartige Papiere zu geben braucht; vgl. § 2 DepGes.; s. Exk. zu § 424 Anm. 4), so ist die Rechtsfolge die, daß für den Dritten an den übergebenen oder angeschafften Papieren ein Pfandrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend gemacht werden kann, die mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. (Das gilt übrigens auch für das Vertragspfandrecht und für das Zurückbehaltungsrecht; Lusensky § 8 Anm. 7; Riesser 75 ff.). Alles das gilt nicht im Falle des Selbsteintritts (vgl. § 400 Anm. 32). Der dem Dritten hiermit gewährte Schutz ist insofern nur sehr unerheblich, als diese Beschränkung des Pfand- und Zurückbehaltungsrechts die einzige Folge jener Mitteilung ist. Im übrigen muß nämlich der Zentralbankier alle Verfügungen des Zwischenkommissionärs über die betreffenden Wertpapiere befolgen, vorausgesetzt nur, daß sie nicht zu einer Erweiterung des Pfandrechts vor Befriedigung des Bankiers hinsichtlich der auf diese entstandenen Ansprüche führen. An dieser letzteren Einschränkung aber muß festgehalten werden. So ohne weiteres kann der Zwischenbankier nicht Bestimmungen treffen, die zu einer Erweiterung des Pfandrechts des Zentralbankiers führen. Nur dann, wenn diese Befugnis anderweit begründet ist oder wenigstens der Zentralbankier sich aus besonderen Gründen in der Lage befindet, redlicherweise annehmen zu dürfen, daß dies der Fall ist, kann letzterer von seinem Auftraggeber ein erweitertes Pfandrecht an den angeschafften Papieren erwerben (RG. 41, 32; ROHG. 20, 86).

Anm. 3. 2. **Gegenstand des Pfandrechts** ist das Kommissionsgut, sofern es der Kommissionär in seinem Gewahrsam hat oder mittels eines Dispositionspapiers darüber zu verfügen in der Lage ist.

a) Kommissionsgut ist nicht, wie im allgemeinen behauptet wird, jeder Gegenstand, der dem Kommissionär aus Veranlassung des Kommissionsverhältnisses übergeben worden ist. Allerdings gehört dazu die dem Kommissionär zum Verkauf übergebene Ware und die von ihm eingekaufte Ware, sodann aber auch die zu einem vielleicht noch anzuordnenden Verkauf und einstweiliger Aufbewahrung übergebene Ware (ROHG. 20, 87; 15, 424). Das letztere folgt

Digitized by Google

daraus, daß auch die zu einem möglichen Verkauf übersendete Ware jedenfalls Gegenstand des kommittierten Geschäfts ist. Als Kommissionsgut ist aber nach richtiger Begriffsbestimmung nur das zu betrachten, was der Kommissionär als Gegenstand des kommittierten Geschäfts anzusehen hat, also z. B. nicht Pferd und Wagen, welche das Kommissionsgut zum Kommissionär bringen (Bolze 8 Nr. 433) oder nur zum Transport bestimmte Verpackungsmittel (JW. 89, 290[24], abzufüllende Bassinwagen), auch nicht Gegenstände, die dem Kommissionär zum Zwecke der Sicherung seiner Ansprüche verpfändet sind (KG. in KGBl. 93, 69). Ist dem Kommissionär gestattet, dem Kommittenten gleichartige Stücke zu liefern (vgl. § 383 Anm. 31 und 32), so ist das Kommissionsgut in einem Bestand solcher Stücke enthalten, den er zur Verfügung des Kommittenten bereit halten muß, um daraus den Anspruch des Kommittenten zu befriedigen (RG. bei Gruch. 27, 435). Daß das kommittierte Geschäft nicht notwendig entgeltlich sein muß, daß daher auch die infolge unentgeltlicher Besorgung von Wertpapieraustausch in den Besitz des Kommissionärs gelangten Papiere Kommissionsgut sind, darüber siehe § 383 Anm. 16. Der Gegenstand muß ferner ein selbständiger Vermögenswert, muß möglicher Gegenstand selbständiger Veräußerungsgeschäfte sein, was z. B. bei Zinscoupons und Dividendenscheinen, nicht aber bei bloßen Legitimations- oder Beweisurkunden, z. B. den Talons, der Fall ist (RG. 3, 155), ebenso nicht bei Versicherungspolicen, Hypothekenbriefen (§ 368 Anm. 1; § 369 Anm. 15). Der Kommissionsauftrag muß zustande gekommen sein; was nur im Hinblick auf einen in Aussicht genommenen, aber nicht zustandegekommenen Kommissionsauftrag in den Besitz des Kommissionärs gelangt ist, ist nicht Kommissionsgut. (Bolze 3 Nr. 620: der Bankier hatte erklärt, er kaufe auf die Versicherung, daß der Vorschuß unterwegs sei; als dieses sich als unrichtig herausstellte, durfte er mit dem eingekauften Gute verfahren, wie er wollte, brauchte nicht nach § 398 zu verfahren). Was aber einmal Kommissionsgut ist, verliert diese Eigenschaft nicht durch den Widerruf der Kommission seitens des Kommittenten (JW. 01, 408[30]) oder durch die Kündigung des Verhältnisses seitens des Kommissionärs. § 397.

b) Sofern der Kommissionär das Gut in seinem Besitz hat, insbesondere mittels Konnossements, Lager- oder Ladescheins darüber zu verfügen in der Lage ist. Überall muß, damit dieses Erfordernis vorliegt, dem Kommissionär das Dispositionspapier bereits ausgehändigt sein (RG. 13, 119). Näheres über dieses Erfordernis Anm. 27—30 zu § 369; das dort Gesagte gilt entsprechend auch hier. Anm. 4.

c) Hinzuzufügen ist, daß das Kommissionsgut nicht Eigentum des Kommissionärs sein darf. Es gehört dieses Erfordernis zwar nicht zum Begriff des Kommissionsguts; für diesen Begriff, insbesondere im Sinne des § 398 ist dies gleichgültig; der letztere Paragraph gibt dem Kommissionär das Verkaufsrecht nicht nur für den Fall des bestehenden Pfandrechts. Hier aber, wo dem Kommissionär ein Pfandrecht gewährt wird, muß das hier hervorgehobene Erfordernis vorhanden sein, weil es begrifflich nicht möglich ist, daß jemand an seinem eigenen Gegenstande ein Pfandrecht hat (vgl. RG. 58, 290). Über die Rechte des Kommissionärs an dem in seinem Eigentum stehenden Kommissionsgut s. zu § 398. Anm. 5.

d) Andererseits ist es begrifflich nicht erforderlich, daß der Kommittent Eigentümer ist. Begrifflich ist es vielmehr denkbar, daß der Kommissionär sein Pfandrecht an Sachen, die dem Kommittenten nicht gehören, erwirbt. Wann dies zulässig ist, richtet sich nach anderen Vorschriften, insbesondere nach § 366 Abs. 3 über den gutgläubigen Erwerb des Pfandrechts. Es ist hierüber zu § 366 Anm. 60 und § 368 Anm. 88 ausführlich gehandelt (vgl. auch ROHG. 15, 421; 20, 86; RG. 33, 109). Es ist dort insbesondere genau unterschieden zwischen dem gesetzlichen Pfandrechte an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren, dem gesetzlichen Pfandrechte an Orderpapieren, insbesondere auch an Dispositionspapieren, und hierbei wieder zwischen dem gesetzlichen Pfandrechte am Gute selbst mittels des Dispositionspapiers und dem gesetzlichen Pfandrechte am Dispositionspapier in dem Falle, daß dieses den Pfandgläubiger nicht in die Lage versetzt, über das Gut zu verfügen. Über letzteren Fall siehe besonders § 368 Anm. 91. Anm. 6.

Digitized by Google

§ 397. 3. **Der Inhalt des Pfandrechts.** Es ist der eines vertragsmäßigen Pfandrechts (§ 1257 BGB.).

Anm. 7. a) Es besteht auch im Konkurse und gewährt in diesem ein Absonderungsrecht (§ 49 Nr. 2 KO.), ist hier jedoch dahin geändert, daß der Pfandgläubiger zur Verwertung gezwungen werden kann (§ 127 KO.).

b) Auch in der Vollstreckungsinstanz hat der Kommissionär ein Widerspruchsrecht nach §§ 766 u. 771 CPO., und zwar nicht mit der Beschränkung des § 805, wenn er den juristischen Besitz auch auf Grund von Dispositionspapieren hat (RG. 9, 428).

c) Durch Sicherheitsleistung kann das Pfandrecht des Kommissionärs nicht abgewendet werden (§ 368 Anm. 36; Hamburg OLGR. 6, 470). Nur dann verhält sich die Sache anders, wenn der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes zu besorgen ist (§ 368 Anm. 34), oder wenn eine Hinterlegung von Geld so geschieht, daß sich der Kommissionär nach seinem Gefallen daraus befriedigen kann (RG. 1, 306 oben).

Anm. 8. 4. **Die Realisierung des Pfandrechts.** Die Realisierung folgt gemäß § 1257 BGB. den gleichen Regeln, wie das Vertragspfandrecht. Ausführliches hierüber s. § 368 Anm. 41 ff.; dazu tritt noch § 368, nach dem die einmonatliche Verkaufswartefrist sich hier in eine einwöchige verwandelt, wenn der Kommittent Kaufmann ist (hierüber § 368 Anm. 92). Mit einem Worte soll noch betont werden, daß der Pfandverkauf sich nach BGB. ohne gerichtliche Mitwirkung vollzieht (vgl. § 368 Anm. 41). Hinzuzufügen ist:

Anm. 9. a) Bei der Realisierung des Pfandrechts hat der Kommissionär mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auch im Interesse des Kommittenten zu handeln. Denn auch hierbei hört er nicht auf, Kommissionär, Beauftragter zu sein (ROHG. 10, 194). Verletzt er die gesetzlichen Vorschriften über die Pfandverwertung, so bewirkt dies nicht das Erlöschen der Ansprüche des Kommissionärs, sondern berechtigt nur den Kommittenten, den Verkauf als nicht geschehen anzusehen, und demgemäß die Lieferung des Kommissionsgutes oder Schadensersatz zu fordern (OG. Wien Adler-Clemens Nr. 644 u. 1503).

Anm. 10. b) Er darf für die Pfandrealisierung eine hierfür angemessene Provision berechnen (vgl. ROHG. 10, 187, 197; Bolze 12 Nr. 474; natürlich nicht gerade die bedungene Verkaufsprovision, OG. Wien Adler-Clemens Nr. 106).

Anm. 11. **Zusatz 1. Beim Erfüllungsverzuge des Kommittenten ist der Kommissionär nicht berechtigt, vom Kommissionsvertrage zurückzutreten und das angeschaffte Gut für sich zu behalten.** Das HGB. bestimmt dies nicht und auch aus den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts ist eine derartige Befugnis des Kommissionärs nicht herzuleiten. § 326 BGB. greift nicht Platz, weil die dem Kommissionär obliegende Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten zum Recht auf Provision und auf Auslagenerstattung nicht in einem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung im Sinne jenes Paragraphen steht (D. 241). Anders allerdings im Falle des Selbsteintritts (vgl. § 400 Anm. 24).

Anm. 12. **Zusatz 2. Wohl aber hat der Kommissionär das Recht der Aufrechnung.** Die Ansprüche, die ihm zustehen, kann er gegen die Ansprüche des Kommittenten zur Aufrechnung stellen. Insbesondere kann er so mit Geldern verfahren, die er auf Grund des Kommissionsverhältnisses eingezogen hat (vgl. § 399 Anm. 1). Hat der Kommissionär Gelder erst nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Kommittenten eingezogen, so kann er gegen den Anspruch des Konkursverwalters auf Herausgabe nicht aufrechnen, weil er erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens der Masse etwas schuldig geworden ist (§ 55 Nr. 1 KO.; vgl. RG. 53, 330). Zur Annahme und Abgabe von Aufrechnungserklärungen ist der Prozeßbevollmächtigte befugt (RG. 50, 426; vgl. auch Exk. zu § 374 Anm. 78).

Anm. 13. **Zusatz 3. Der Kommissionär hat ferner unter den Voraussetzungen der §§ 369 ff. das Zurückbehaltungsrecht,** das insofern weitergeht, als es keine Konnexität voraussetzt, aber ein schwächeres Recht ist, insbesondere, indem es das Eigentum des Kommittenten voraussetzt, auch

Digitized by Google

dem Verfolgungsrecht weicht (Näheres zu §§ 369 ff.). An den Forderungen aus dem Kommissionsverhältnisse hat er außerdem das Recht nach § 399, sich vorweg zu befriedigen. § 397.

Zusatz 4. Im Konkurs des Kommittenten hat der Einkaufskommissionär das Verfolgungsrecht nach § 44 KO. Näheres hierüber Exk. zu § 382 Anm. 98 ff. Anm. 14.

§ 398.

Der Kommissionär kann sich, auch wenn er Eigenthümer des Kommissionsguts ist, für die im § 397 bezeichneten Ansprüche nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften aus dem Gute befriedigen. § 398.

Lit.: wie zu § 383.

1. **Der vorliegende Paragraph beseitigt lediglich eine konstruktive Schwierigkeit.** An eigener Sache kann man kein Pfandrecht haben. Der Einkaufskommissionär kann also eigentlich an dem Kommissionsgute, so lange er es dem Kommittenten nicht übereignet hat, kein Pfandrecht haben. Da es sich aber empfiehlt, ihm das Recht der Befriedigung aus dem Kommissionsgute in derselben Weise zu gewähren, wie wenn das Kommissionsgut dem Kommittenten schon gehört, so bestimmt dies unser Paragraph (ROHG. 16, 119). Anm. 1.
2. **Ein Recht, vom Kommissionsvertrage auf Grund des § 326 BGB. zurückzutreten und die Auslieferung des eingekauften Gutes dem Kommittenten unter diesem Gesichtspunkt zu verweigern,** hat der Einkaufskommissionär **nicht** (vgl. Anm. 11 zu § 397). Anm. 2.

§ 399.

Aus den Forderungen, welche durch das für Rechnung des Kommittenten geschlossene Geschäft begründet sind, kann sich der Kommissionär für die im § 397 bezeichneten Ansprüche vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen. § 399.

Lit.: wie zu § 383.

Das Vorrecht des Kommissionärs an den ausstehenden Forderungen. An und für sich gehören diese dem Kommissionär (§ 392). Allein nach § 392 Abs. 2 muß sie der Kommissionär als die des Kommittenten betrachten, muß sie ihm auf Verlangen abtreten, und darf sie gegen seinen Willen nicht einziehen. Diese Beschränkung des § 392 Abs. 2 fällt fort, wenn die Sicherung des Kommissionärs wegen fälliger Gegenansprüche, wie sie § 397 aufzählt, dies erheischt. Alsdann braucht der Kommissionär die Forderung dem Kommittenten nicht abzutreten, kann dies vielmehr verweigern, bis er vom Kommittenten befriedigt ist, und kann die Forderung auch gegen seinen Widerspruch einziehen. Das ist der Inhalt des hier gewährten Vorzugsrechts. Ein Pfandrecht an den Forderungen ist damit nicht hergestellt, da ja juristisch die Forderungen dem Kommissionär gehören, und es ein Pfandrecht an der eigenen Sache nicht gibt. Anm. 1.

Zieht der Kommissionär die Forderungen ein, so kann er damit, wenn es Geld ist, aufrechnen (§ 397 Anm. 12), wenn es aber andere Gegenstände sind (und das kann der Fall sein, da es sich hier keineswegs nur um Geldforderungen handelt, sondern auch etwa um Ansprüche auf Lieferung), so werden diese Kommissionsgut und der Kommissionär hat an ihnen die zu § 397 erwähnten Sicherungsrechte. Hat der Kommissionär die Forderungen dem Kommittenten bereits abgetreten, so fällt das Recht fort. Anm. 2.

§ 400.

Die Kommission zum Einkauf oder zum Verkaufe von Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Werthpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, von dem Kommissionär dadurch ausgeführt werden, § 400.

Digitized by Google

§ 400. daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert oder das Gut, welches er verkaufen soll, selbst als Käufer übernimmt.

Im Falle einer solchen Ausführung der Kommission beschränkt sich die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufes oder Verkaufs abzulegen, auf den Nachweis, daß bei dem berechneten Preise der zur Zeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist. Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat.

Ist bei einer Kommission, die während der Börsen- oder Marktzeit auszuführen war, die Ausführungsanzeige erst nach dem Schlusse der Börse oder des Marktes zur Absendung abgegeben, so darf der berechnete Preis für den Kommittenten nicht ungünstiger sein als der Preis, der am Schlusse der Börse oder des Marktes bestand.

Bei einer Kommission, die zu einem bestimmten Kurse (erster Kurs, Mittelkurs, letzter Kurs) ausgeführt werden soll, ist der Kommissionär ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige berechtigt und verpflichtet, diesen Kurs dem Kommittenten in Rechnung zu stellen.

Bei Werthpapieren und Waaren, für welche der Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann der Kommissionär im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt dem Kommittenten keinen ungünstigeren Preis als den amtlich festgestellten in Rechnung stellen.

Lit.: wie zu § 383 und Weißbart, Abschlüsse des Kommissionärs an auswärtigen Börsen, Holdheim 05, 137.

Der vorliegende Paragraph behandelt den Begriff und die Voraussetzungen des Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs, sowie die Hauptwirkungen desselben.

Anm. 1. I. (Abs. 1.) **Der Begriff des Selbsteintrittsrechts.** Der Inhalt des Kommissionsgeschäfts geht eigentlich dahin, daß der Kommissionär beauftragt wird, ein Geschäft mit einem Dritten in eigenem Namen und für Rechnung des Kommittenten zu schließen, und die Ergebnisse dieses Geschäfts auf den Kommittenten zu übertragen. Das Gesetz gibt aber dem Kommissionär unter gewissen Voraussetzungen das Recht, den vom Kommittenten beabsichtigten Erfolg dadurch herbeizuführen, daß er, die Rolle des Dritten übernehmend, das umgekehrte Geschäft mit dem Kommittenten schließt. Beauftragt z. B. der Kommittent den Kommissionär, ihm ein Wertpapier zu kaufen, so kann der letztere, anstatt das Papier bei einem Dritten zu kaufen und das gekaufte Papier nach Lieferung an den Kommittenten abzuliefern, dem Kommittenten selbst das Papier verkaufen und sich so als Verkäufer verpflichten, dem Kommittenten das Papier zu liefern.

Anm. 2. Der Selbsteintritt besteht hiernach in der Erklärung des Kommissionärs, das entgegengesetzte Geschäft, als das ihm aufgetragene, mit dem Kommittenten zu schließen. Zwar drückt sich der Abs. 1 so aus, als handle es sich um einen Eintritt bei der Erfüllung des Geschäfts; denn danach führt er das Geschäft dadurch aus, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer „liefert". Allein die folgenden Absätze und Paragraphen ergeben unzweifelhaft, daß das Gesetz sich die Eintrittserklärung selbst als die Ausführung des Kommissionsauftrages denkt. Der Selbsteintritt ist also ein wirkliches Kaufgeschäft in Ausführung der Kommission (RG. 25, 71; Müller BadRpr. 05, 68 und unten Anm. 16).

Digitized by Google

§ 400. Daß der Selbsteintritt eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrags ist, heben die jetzigen Bestimmungen schärfer hervor, als dies im Art. 376 der Fall war (vgl. Abs. 1 u. 2; „dadurch ausgeführt"; „im Falle einer solchen Ausführung"). Früher war das gleiche von der Rechtsprechung scharf betont worden (RG. 1, 289; 4, 95; 25, 71). Anm. 3.

II. (Abs. 1.) **Die Voraussetzungen des Selbsteintrittsrechts.** Diese sind: Anm. 4.

1. Es muß sich um eine Kommission zum Ein- oder Verkauf von Waren handeln, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, oder von Wertpapieren, bei denen der Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird. Also bei Wertpapieren muß ein amtlicher Kurs bestehen (RG. 53, 368); bei Waren ist dies nicht notwendig, aber ein Marktpreis muß auch da bestehen. Ein Limit ersetzt den Marktpreis nicht (vgl. ROHG. 12, 181; RG. 34, 120). Über die Wertpapiere siehe § 1 Anm. 39 f.; über Kure insbesondere Exk. zu § 376 Anm. 5 u. JW. 07, 156[42]. Über den Marktpreis siehe Exk. vor § 373 Anm. 29 ff. — Gemeint sind die Verhältnisse am Orte des Kommissionärs (Breit 70). Denn an diesem ist das Geschäft auszuführen. Gibt es an diesem Orte einen Marktpreis oder einen amtlich festgestellten Preis nicht, so ist der Marktpreis des nächsten Handelsplatzes gemeint. — Es muß auch zu der betreffenden Zeit ein Marktpreis vorhanden sein; es genügt nicht, daß im allgemeinen Marktpreise oder amtliche Kurse für die betreffende Ware bestehen. War z. B. der Kurs an dem betreffenden Tage gestrichen oder war nur eine Geldnotiz vorhanden, so ist das Selbsteintrittsrecht nicht gegeben, auch wenn das Interesse des Kommittenten durch den Selbsteintritt nicht verletzt wurde (RG. 34, 120). Es muß eben ein nachprüfbarer Durchschnittspreis vorhanden gewesen sein und zwar auf Grund wirklich geschlossener Geschäfte (ROHG. 2, 196; 7, 195; 9, 129; RG. 12, 9; SeuffA. 52 Nr. 35).

Durch Vereinbarung können diese Voraussetzungen des Selbsteintritts beseitigt und der Selbsteintritt auch auf andere Fälle ausgedehnt werden, also auch auf die Fälle, in denen ein amtlicher Kurs für Wertpapiere nicht besteht, oder ein wirklicher Marktpreis nicht besteht, sondern nur ein Geldkurs. Denn der § 402 verbietet nur Vereinbarungen gegen die Abs. 2—5 (RG. 53, 368). Andererseits aber muß angenommen werden, daß auch auf den auf Abrede beruhendem Selbsteintritt die Bestimmungen zu 2—5, und insbesondere auch § 402, also der Ausschluß abweichender Vereinbarungen, anzuwenden ist. Anm. 5.

2. Die zweite Voraussetzung ist, daß der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat. Nur dann darf der Selbsteintritt nicht erfolgen (Bolze 21 Nr. 416). Das Verbot braucht nicht gerade bei Erteilung des Kommissionsauftrages ausgesprochen zu sein; es kann dies auch später geschehen. Darin liegt ein teilweiser Widerruf (§ 405 Abs. 3). Selbstverständlich braucht das Verbot des Selbsteintritts nicht ausdrücklich zu geschehen, es genügt auch stillschweigende Willenserklärung gemäß §§ 133, 157 BGB. (Bolze 3 Nr. 624). Ein Verbot des Selbsteintritts liegt nicht schon in dem Auftrag des Kommittenten, „für ihn" zu kaufen (RG. 25, 73), noch auch in der Übernahme des Delkredere (ROHG. 19, 55), auch nicht in der Setzung eines Limitos (ROHG. 23, 104) — über die Besonderheiten des Selbsteintritts bei der limitierten Kommission siehe unten Anm. 4 zu § 401; kein Hindernis für den Selbsteintritt ist ferner die Bestimmung, daß die Kommission am anderen Orte auszuführen ist (Bolze 5 Nr. 576b); auch nicht, daß der Kommittent zum Auftrage durch den Rat des Kommissionärs bewogen wurde; war dieser ein falscher, so haftet der Kommissionär aus diesem Grunde (Bolze 3 Nr. 622; vgl. RG. 19, 100; RG. im Recht 02, 155); kein Hindernis für den Selbsteintritt ist endlich, daß es sich um diskretionäre Aufträge gehandelt hat (Bolze 9 Nr. 328; Breit 80; dagegen Dernburg, Preuß. Privatr. II § 187 Anm. 9, aber nicht mehr im BürgR. II 2 § 345 II; vgl. auch unten Anm. 22). Wohl aber ist ein stillschweigendes Verbot dann vorhanden, wenn es dem Kommittenten ersichtlich darum zu tun war, auf den Kurs einzuwirken (Hahn Art. 376 § 9), doch braucht der Kommissionär diese Absicht nicht zu vermuten, der Kommittent muß sie ihm zu erkennen geben (Bolze 9 Nr. 329). Als stillschweigend ausgeschlossen wird gewöhnlich unter Hinweis auf ROHG. 11, 43 der Selbsteintritt bei Differenzgeschäften betrachtet; allein bei diesen ist § 400 über- Anm. 6.

Digitized by Google

§ 400. haupt nicht anwendbar, weil sie ja keine wirklichen Kaufgeschäfte darstellen und daher den Regeln über den Kauf nicht unterliegen; es handelt sich also in Wahrheit nicht um Einkaufs- und Verkaufskommissionen. Die Beweislast, daß nichts anderes vereinbart worden ist, trifft den Kommissionär (a. M. Lehmann ZHR. 50, 294).

Anm. 7. 3. Voraussetzung ist es nicht, daß der Einkaufskommissionär die Ware zur Zeit des Eintritts besitzt. Das folgt aus der rechtlichen Bedeutung der Selbsteintrittserklärung, wie sie unten Anm. 16 dargestellt ist; der Selbsteintritt erfolgt durch die Erklärung, den Vertrag zu schließen, nicht erst durch die Erfüllung (ROHG. 20, 326).

Anm. 8. 4. Auch daß die Geschäfte glatter Natur seien, ist nicht erforderlich; es können auch bedingte oder betagte Geschäfte sein (ROHG. 22, 238).

Anm. 9. 5. Selbstverständlich darf der Kommissionär das Geschäft nicht schon durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt haben. Hat er das Geschäft mit einem Dritten bereits ausgeführt, so ist es begrifflich unmöglich, daß er es durch Selbsteintritt ausführt (Bolze 2 Nr. 908 u. 909). Anders Breit 108, der meint, daß, solange ein vom Kommissionär abgeschlossenes Geschäft innere Angelegenheit seiner Rechtssphäre bleibe, der Kommittent noch keinen Anspruch aus diesem Geschäfte, der Kommissionär vielmehr die freie Verfügung darüber habe; welche Absicht der Kommissionär bei dem Geschäfte gehabt habe, sei gleichgültig. Allein damit ist die Vertrauensstellung des Kommissionärs zum Kommittenten verkannt. Der Kommissionär soll einen Auftrag ausführen, soll für Rechnung und im Interesse des Kommittenten handeln; durch das Geschäft, das er in dieser Absicht mit dem Dritten schließt, ist die Kommission ausgeführt, das Geschäft ist durch den Abschluß für Rechnung des Dritten von selbst seiner Rechtssphäre entzogen, auch wenn es zunächst noch sein „Internum" ist, d. h. dem Kommittenten nicht angezeigt ist. Er ist eben verpflichtet, es anzuzeigen. Wenn er den in Ausführung des Kommissionsauftrages erfolgten Abschluß mit einem Dritten verschweigt und statt dessen den Selbsteintritt erklärt, so verletzt er damit seine Pflichten, und der Kommittent ist zum Gegenbeweise und zum Verlangen der Übertragung der Ergebnisse des mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts berechtigt (RG. 6, 54). Freilich hat der Kommittent den Beweis zu führen.

Dieser Beweis ist meist schwer zu führen. Um die Rechtslage des Kommittenten in solchem Falle zu erleichtern, ist jetzt die Vorschrift des § 401 Abs. 2 gegeben (vgl. diese).

Anm. 10. 6. Erst recht kann der Selbsteintritt dann nicht erfolgen, wenn die anderweite Ausführung schon angezeigt ist oder wenn der Kommissionär sonst den Selbsteintritt abgelehnt hat (ROHG. 20, 326; Bolze 1 Nr. 950; OLG. Hamburg ZHR. 36, 267). In der Anzeige der Ausführung mit einem Dritten liegt jedenfalls die Ablehnung des Eintritts. Ob durch den Nachweis, daß sie irrtümlich abgegeben ist, ihre Wirkung beseitigt werden kann, darüber siehe § 384 Anm. 34. Ist durch jene Anzeige der Selbsteintritt endgültig abgelehnt und erfolgte der Abschluß mit einem Dritten nicht, so ist die Kommission nicht ausgeführt (RG. 6, 54). Der Kommittent hat dann die Rechte aus § 384 Abs. 3 (s. diesen).

Anm. 11. III. Zeit und Form des Selbsteintritts.

1. Über die Zeit des Eintritts ist im Gesetz nichts gesagt. Das Gesetz bestimmt nicht ausdrücklich, bis wann der Kommissionär berechtigt ist, von dem Selbsteintritt Gebrauch zu machen. Aus § 384 folgt nicht etwa die Verpflichtung sofortiger Erklärung des Selbsteintritts, falls davon Gebrauch gemacht werden soll. Denn danach soll der Kommissionär nur sofort nach der Ausführung des Auftrages dem Kommittenten davon Anzeige machen, die Erklärung des Selbsteintritts ist aber zugleich die Ausführung, und wann der Kommissionär das Geschäft auszuführen hat, ist damit nicht gesagt.

Anm. 12. Indessen folgt aus § 384, daß der Kommissionär die Erklärung des Selbsteintritts so schnell abzugeben hat, wie dies der Verpflichtung entspricht, das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes im Interesse des Kommittenten gemäß dem Auftrage auszuführen. Oft, besonders bei Börsengeschäften, wird damit die Verpflichtung verknüpft sein,

Digitized by Google

das Geschäft sofort zur Ausführung zu bringen. Verletzt der Kommissionär diese Verpflichtung, so ist er nach § 385 dem Kommittenten schadensersatzpflichtig, und wenn durch die verspätete Selbsteintrittserklärung die wesentlichen Zwecke, die dieser mit dem Auftrage verfolgt hat, verfehlt werden, hat dieser auch das Recht, das Geschäft zurückzuweisen (§ 385). In jedem Falle aber hat er das Recht, einen bei früherer Ausführung erzielbaren günstigeren Preis für sich in Anspruch zu nehmen (hierüber § 401). § 400.

Für einen bestimmten Fall ist ein spätester Zeitpunkt für den Selbsteintritt im § 405 gegeben, indem dort das Selbsteintrittsrecht für verwirkt erklärt ist, wenn der Kommissionär dem Kommittenten die Ausführungsanzeige macht, ohne hierbei den Selbsteintritt zu erklären. (Näheres dort). Dem steht es gleich, wenn der Kommissionär inhaltlich der gestellten Rechnung den Auftrag durch den Abschluß mit einem Dritten ausgeführt hat (JW. 85, 356; 86, 318). Die einmal getroffene Wahl ist unwiderruflich (§ 405 Anm. 7). Anm. 13.

2. Über die Form der Selbsteintrittserklärung ist jetzt im § 405 vorgeschrieben, daß sie ausdrücklich erfolgen muß (siehe § 405 Anm. 5). Über undeutliche Erklärungen siehe ebenda Anm. 13. Anm. 14.

IV. **Der Selbsteintrittskauf ist in dem Augenblick der Abgabe der Eintrittsanzeige zur Absendung an den Kommittenten erfolgt** (Abs. 2 Satz 2 unseres Paragraphen; vgl. § 405 Anm. 8ff.). Diese Abgabe zur Absendung ist jedenfalls geschehen, wenn der Kommissionär selbst oder sein Vertreter einen den Selbsteintritt enthaltenden Brief unmittelbar an die Adresse des Kommittenten zur Post oder an den das Geschäft vermittelnden Agenten zum Zweck der unmittelbar oder durch die Post zu bewirkende Beförderung an den Kommittenten abgegeben hat (JW. 01, 657[20]). Hat der Agent des Kommissionärs dagegen als Vertreter des Kommissionärs oder auch nur als eine von ihm selbst ausgehende selbständige Mitteilung dem Kommittenten den Selbsteintritt des Kommissionärs angezeigt, so ist der Selbsteintritt mit Abgabe dieser selbständigen Willenserklärung vollzogen. In diesem Falle ist der Agent nicht als Bote zu betrachten. Ist in diesem Falle der Kommissionär im Ausland, sein Agent aber im Inland wohnhaft, so ist das Selbsteintrittsgeschäft im Inland abgeschlossen (RG. 18, 25; 59, 335; JW. 01, 657[20]). Regelmäßig treten diese Unterscheidungen im Brief- und Telegrammwechsel nicht deutlich hervor. Es kommt in solchen Fällen alsdann auf die Auffassung des Handelsverkehrs und der in Frage kommenden kaufmännischen Kreise an, ob ein bloßer Vermittlungsauftrag vorlag, oder ob nicht auch dem Vermittler zugleich die stillschweigende Ermächtigung erteilt war, die entscheidende Willenserklärung, die den Selbsteintritt enthaltende Ausführungsanzeige rechtswirksam abzugeben oder an Stelle des Kommittenten entgegenzunehmen (vgl. RG. bei Holdheim 05, 146). Weiteres siehe unten Anm. 20. Anm. 15.

V. **Die Wirkungen der Ausübung des Selbsteintrittsrechts.** Diese ergeben sich daraus, daß der Selbsteintritt eine besondere Art der Ausführung des Kommissionsgeschäfts ist (oben Anm. 1). Der Kommissionär führt das Geschäft dadurch aus, daß er mit dem Kommittenten abschließt und zwar das Geschäft mit ihm schließt, das für den Kommittenten dieselbe wirtschaftliche Wirkung hat, wie wenn der Kommissionär das ihm aufgetragene Geschäft mit einem Dritten geschlossen und der Kommittent alsdann das Recht gehabt hätte, die Erfolge dieses Geschäfts für sich zu beanspruchen. Kommissionär und Kommittent nehmen hierbei eine Zwitterstellung ein: Der Kommissionär führt das ihm aufgetragene Geschäft eigentlich nicht aus; anstatt dieses auszuführen, schließt er ein anderes Geschäft mit dem Kommittenten; aber er tut dies doch auf Grund des Kommissionsauftrages (RG. 1, 286; 4, 92; 25, 72). Anm. 16

Aus dieser Zwitterstellung ergeben sich die rechtlichen Wirkungen im einzelnen: Anm. 17.

1. **Bei Entgegennahme des Kommissionsantrages** ist der Kommissionär reiner Kommissionär. Die von ihm hierbei erteilten Ratschläge hat er mit der dem Kommissionär obliegenden Sorgfalt zu erteilen und zu vertreten (RG. 19, 100; 27, 123; OLG. Hamburg ZHR. 40, 525; vgl. § 384 Anm. 1). Ist der Rat wider besseres Wissen erteilt, so macht er sich nach § 79 des Börsengesetzes strafbar; vgl. auch die Strafbestimmung des § 78 (gewohnheits-

Digitized by Google

§ 400. mäßige, gewinnsüchtige Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften). An sich ist die Ratserteilung kein Grund gegen den Selbsteintritt (oben Anm. 6).

Anm. 18. 2. **Aber schon die Entschließung, den Selbsteintritt zu wählen,** gibt seiner Stellung den in Anm. 16 erwähnten Doppelcharakter. Denn wenn er, um den Selbsteintritt ausführen und das so zu schließende Geschäft erfüllen zu können, einem Dritten einen entsprechenden Kommissionsauftrag erteilt, so ist dies zwar ein Geschäft, das er aus Anlaß des erteilten Auftrags schließt, und er hat die hierbei erzielten Vorteile dem Kommittenten zuzuwenden (§ 401 Abs. 2), aber es ist dies kein Weitergeben des ihm erteilten Auftrags im Sinne des § 8 DepGes., so daß er keine Verpflichtung hat, seinem Beauftragten mitzuteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe. Sie geschieht ja eben nicht für fremde, sondern für eigene Rechnung, um für eigene Rechnung die Selbsteintrittserklärung abgeben und das zu schließende Geschäft erfüllen zu können (vgl. unten Anm. 32).

Anm. 19. 3. **Die Selbsteintrittserklärung selbst** zeigt jenen Doppelcharakter als Kommissionär und Kontrahent auf das deutlichste: der Kommissionär schließt mit dem Kommittenten ab, indem er die Erklärung abgibt, mit ihm den Vertrag als Selbstkontrahent abschließen zu wollen. Eine Zustimmung des Kommittenten ist nicht mehr erforderlich. Das liegt daran, daß er als Kommissionär in Ausführung des Kommissionsauftrags abschließt. Ob man nun die Zustimmung des Kommittenten als im voraus erteilt oder als nicht notwendig betrachten will, soll hier nicht untersucht werden.

Am schärfsten aber tritt der Kommissionscharakter bei diesem Selbsteintritt durch die dem Kommissionär auferlegte Verpflichtung hervor, den Preis in Rechnung zu stellen, den er bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erzielen können und den er bei einem aus Anlaß des Auftrages abgeschlossenen Geschäfte erzielt hat (hierüber zu § 401).

Anm. 20. 4. **Die Wirkungen des Selbsteintritts** stehen gleichfalls unter dem Zeichen jenes Doppelcharakters: der selbsteintretende Einkaufskommissionär ist nunmehr wahrer Verkäufer, der selbsteintretende Verkaufskommissionär ist nunmehr wahrer Käufer (Bolze 21 Nr. 770; oben Anm. 2); allein er ist doch ein Kommissionär, der das Kaufgeschäft in Ausführung des Kommissionsauftrages schließt.

a) **Als Preis** ist nach Abs. 2—5 der Börsen- oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung in Rechnung zu stellen. Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in dem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat, d. h. der Zeitpunkt, in dem der Bankier seinem Boten die Anzeige übergibt, damit er sie dem Telegraphen oder der Post übergibt, nicht erst die Abgabe an die Transportbehörde durch den Boten; bis dahin kann der Kurs sich wieder verändert haben (ROHG. 4, 168: 5, 279; weiteres oben Anm. 15). Ist die Ausführungsanzeige nach Schluß der Börse oder des Marktes abgesendet, während der Auftrag ausdrücklich oder seiner Natur nach (was insbesondere auf Börsengeschäfte meist zutreffen wird) während der Börsenzeit auszuführen war, so ist mindestens der Schlußkurs, und bei Aufträgen zu bestimmten Kursen mindestens dieser in Rechnung zu stellen. Das gleiche gilt bei jedem sonstigen Limito (vgl. § 401 Anm. 4). Überall muß, wenn der Kurs amtlich festgestellt wird, mindestens der amtliche Kurs in Rechnung gestellt werden. Ein nicht amtlich notierter Zwischenkurs steht dem nicht gleich, auch wenn zu diesem Kurse tatsächlich gehandelt wurde. Report- und Deportsätze sind Unkosten, die also nicht die Preisberechnung betreffen, und auch beim Selbsteintritt zu vergüten sind (JW. 97, 173[27]).

Anm. 21. Zu dem so zu berechnenden Kurse gilt das Geschäft als abgeschlossen; gibt der Kommissionär einen andern Preis an, so kann dies angefochten und die Erfüllung des Geschäfts zu dem hiernach richtig zu berechnenden Kurse verlangt werden (s. unten Anm. 22). Aber der so zu berechnende Kurs gilt nicht unbedingt. Er gilt regelmäßig und einstweilen, und der Kommissionär hat keine weitere Rechenschaftspflicht (unten Anm. 22). Aber er gilt nicht mehr, sobald es dem Kommittenten gelingt, nachzuweisen, daß der Kommissionär bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt günstiger hätte abschließen können, oder daß er aus Anlaß des Kommissionsgeschäfts ein günstigeres Geschäft geschlossen hat (vgl. zu § 401).

Digitized by Google

b) **Die Rechenschaftspflicht** ist dahin **eingeschränkt**, daß der Kommissionär nur nachzuweisen hat, er habe die zu a erwähnten Preise eingehalten. Diesen Nachweis muß der Kommissionär erbringen (durch Kurszettel usw.; RG. 1, 290). Daß er keinen höheren Nachweis zu führen hat, ist eine Besonderheit des durch Selbsteintritt ausgeführten Kommissionsgeschäfts. Diese Beschränkung der Rechenschaftspflicht ist insbesondere gegenüber den ihm in § 401 auferlegten Pflichten wichtig (vgl. hierüber § 401 Anm. 7). War der Zeitpunkt der Ausführung der Kommission (Hausse- oder Baissespekulation) in das Ermessen des Kommissionärs gestellt, so muß er auch dartun, daß und warum die Ausführung, wie geschehen, im Interesse des Kommittenten gelegen war (RG. 6, 50). Die Rechenschaftspflicht wird durch widerspruchslose Entgegennahme der Selbsteintrittsanzeige, oder des Schlußscheins nicht aufgehoben. Nach der Ansicht des RG. (JW. 97, 138[25]) soll aber die „Genehmigung" des Schlußscheins diese Folge haben. Dem ist jedoch nicht beizutreten. Auch die Genehmigung oder Bestätigung des — durch den Selbsteintritt bereits geschlossenen — Geschäfts steht unter dem Zeichen des Kommissionsgeschäfts. Sie sind gleichsam die Quittungen über das, was der Kommissionär zur Ausführung des Geschäfts geleistet hat; sie befreien den Kommissionär nicht von der Verpflichtung, sich über die **gehörige** Ausführung auszuweisen. Erst die vorbehaltlose Annahme der Erfüllung des Geschäfts durch den Kommittenten oder seine Bestätigung erledigt die Rechenschaftspflicht und kehrt die Beweislast um (vgl. § 384 Anm. 25). **Ergibt sich durch die Rechenschaftsablegung**, daß der zu a erwähnte Preis nicht eingehalten ist, so kann zwar der Kommittent dem Kommissionär nicht die Anerkennung des Eintritts als Selbstkontrahent verweigern, wohl aber die Berechnung des wahren Marktpreises von ihm verlangen (Hahn § 7 zu Art. 376; Apt, BörsGes. 3. Aufl. 103; Kahn, BörsGes., § 71 Anm. 11); Rechenschafts- und Berechnungsfrist sind überhaupt wohl zu unterscheiden (vgl. hierüber § 401 Anm. 9). **§ 400.** Anm. 22.

c) **Zu erfüllen** hat der Kommittent am Orte der Niederlassung des Kommissionärs. Aus dem Kommissionsauftrage folgt, daß der Kommissionär einen Kaufvertrag zu schließen hat, der für beide Teile am Wohnsitze des Kommissionärs zu erfüllen ist. Es haben daher beide Teile am Wohnsitze des Kommissionärs zu erfüllen (RG. 10, 89; 23, 412; Bolze 8 Nr. 355; 17 Nr. 289; § 383 Anm. 37). Deshalb ist auch dort der Gerichtsstand des Erfüllungsorts für beide Teile (RG. 10, 89; 23, 412; Bolze 8 Nr. 720). Anm. 23.

d) **Zur Sicherung der Erfüllung** bestände das Pfandrecht des Kommissionärs nicht, wenn es nicht im § 401 ausdrücklich auch für diesen Fall gegeben wäre. Anm. 24.

Überdies wird das Pfandrecht sehr oft in den Geschäftsbedingungen vereinbart (s. § 368 Anm. 7 u. 8). Aber das Vorzugsrecht aus § 399 besteht nicht. Dagegen besteht unter den Voraussetzungen des § 369 das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.

e) **Die Folgen des Erfüllungsverzuges** sind gemäß dem zu d Gesagten doppelter Art: einmal kann der Kommissionär auch nach dem Selbsteintritt die Rechte auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung und hierbei auch das Pfandrecht aus § 397 oder das pfandähnliche Recht aus § 398 geltend machen und die wirklich angeschaffte Ware nach § 373 veräußern (einfach rechnungsmäßig „abwickeln" kann er nicht; RG. 25, 72; SeuffA. 46 Nr. 116); er kann aber auch gemäß § 326 BGB. und, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, nach § 376 HGB. die Rechtsfolgen aus dem Verzuge ziehen; er kann also auch das Rücktrittsrecht ausüben, und der als Selbstverkäufer auftretende Einkaufskommissionär kann auf diesem Wege den beim Deckungsverkauf erzielten Mehrerlös behalten, während er ihn bei Verwirklichung des Pfandrechts dem Kommittenten herauszahlen müßte. Anm. 25.

f) **Für mangelhafte Erfüllung** kann der Kommissionär aus doppeltem Grunde haften. Stützt sich der Einwand darauf, daß der Gegenstand die gesetzlichen oder diejenigen Eigenschaften nicht hat, welche beim Selbsteintritt zugesagt sind oder als zugesagt gelten, so wird er aus Kauf für Gewährleistung verhaftet, es greift daher die Verjährung aus § 477 BGB. Platz. Es kann aber der Kommittent den Einwand auf die Pflichtverletzung des Kommissionärs Anm. 26.

Digitized by Google

§ 400. auch aus der Zeit, in der er noch Kommissionär war, stützen, insbesondere auf einen vor dem Eintritt erteilten Rat; alsdann greift diese Verjährung nicht Platz (RG. 19, 100).

Anm. 27. g) §§ 377—379 greifen jedenfalls Platz (ROHG. 25, 216) und zwar für und gegen beide Teile, wenn die Voraussetzungen dieser Paragraphen vorliegen (beiderseitiges Handelsgeschäft). Unter dieser Voraussetzung greifen zugunsten des Einkaufskommissionärs die §§ 371—379 auch wegen § 391 Platz. Zu bemerken ist, daß in der Eintrittserklärung nach Untersuchung der Ware meist ihre Billigung wird erblickt werden können.

Anm. 28. h) Die Verjährung. Der Anspruch des Kommissionärs auf die Provision und den Kaufpreis folgt nach der Ansicht des ROHG. 17, 327 hinsichtlich der Verjährung den Vorschriften über die Verjährung von Kaufpreisforderungen (ebenso Dernburg I § 177 IV 1). Das Reichsgericht (bei Gruch. 36, 1070) verwirft jedoch diese Ansicht auf Grund seiner in anderen Urteilen — RG. 1, 289; 4, 94 — niedergelegten, an sich zutreffenden Auffassung, daß der Eintritt eine Art der Ausführung des Auftrages ist (vgl. JW. 97, 173[27], wo auch Unkosten nicht als Preiszuschlag aufgefaßt sind). Diese Meinungsverschiedenheit ist jetzt ohne Bedeutung, da § 196 Nr. 1 und Abs. 2 BGB. unter beiden Gesichtspunkten die zweijährige, und wenn die Geschäftsbesorgung für den Gewerbebetrieb des Kommittenten erfolgt ist, die vierjährige Verjährungsfrist einführt. Die Verjährung beginnt mit Schluß des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§§ 198, 201 BGB.). Entstanden ist der Anspruch im Augenblick des Selbsteintritts. Die Streitfrage, ob der Anspruch auf den Kaufpreis ohne Rücksicht darauf verjährt, ob die Ware geliefert ist (so RG. 62, 178), oder ob das Gegenteil angenommen werden muß (Hölder im Recht 06, 279 u. 263 u. LZ. 07, 449), bleibt hier außer Betracht, weil die Provision kein Teil des Kaufpreises ist.

Anm. 29. i) Prozessualisch ist zu bemerken, daß es keine Klageänderung ist, wenn der selbsteintretende Einkaufskommissionär zunächst eine Kaufklage erhebt und später erläuternd bemerkt, daß er in Ausführung einer Einkaufskommission selbst eingetreten sei (Bolze 21 Nr. 770).

Anm. 30. VI. **Ausschluß entgegenstehender Vereinbarungen.** Im § 402 ist angeordnet, daß entgegenstehende Vereinbarungen nichtig sind.

1. Verboten sind nur Vereinbarungen, die den Absätzen 2—5 entgegenstehen. Abs. 1 unterliegt der freien Vereinbarung (vgl. hierüber oben Anm. 5).
2. Verboten sind natürlich auch nur Vereinbarungen zum Nachteil des Kommittenten. Das sagt jetzt § 402 ausführlich. Wenn also die Rechenschaftspflicht des Absatzes 2 weiter ausgedehnt wird, also auf den Nachweis, daß der Kommissionär keinen günstigeren Preis erzielen konnte, oder daß er aus Anlaß des Auftrages keinen günstigeren Abschluß gemacht hat, so ist das gültig.

Anm. 31. **Zusatz 1. Die Aktiengesellschaften als Verkaufskommissionäre** sind verpflichtet, von dem Rechte des Selbsteintritts wegen der Vorschrift des § 226 bzw. § 320 HGB. keinen Gebrauch zu machen. Sind freilich beide Teile über den Selbsteintritt einig, so besteht das Geschäft, wenn es sich um voll eingezahlte Aktien handelt, weil insofern kein zwingendes Verbot vorliegt; anders aber, wenn es sich um Interimsscheine oder nicht voll eingezahlte Namensaktien handelt (Lehmann-Ring § 226 Nr. 7; RG. 2, 40). In Ausführung der Einkaufskommission ist der Selbsteintritt den Aktiengesellschaften gestattet, jedoch nur bei vollgezahlten Aktien (§ 226 Abs. 1 u. 2; Lehmann-Ring Nr. 4 u. 5 dazu).

Anm. 32. **Zusatz 2. Der Selbsteintritt gewährt dem Kommissionär den Vorteil, daß er die Vorschrift des § 8 des Depotgesetzes nicht zu befolgen braucht.** In diesem Paragraphen ist dem Kaufmann, der im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere zur Aufbewahrung, Veräußerung, zum Umtausch oder zum Bezuge anderer Wertpapiere einem Dritten ausantwortet, zur Pflicht gemacht, dem Dritten mitzuteilen, daß es sich um fremde Papiere handelt; ebenso hat er, wenn er einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere an einen Dritten weitergibt, diesem hierbei mitzuteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschieht (§ 397 Anm. 2). Tritt nun aber der Kommissionär in den ihm erteilten Verkaufskommissionsauftrag oder Einkaufskommissionsauftrag ein, so ist er von dieser Verpflichtung befreit. Denn

Digitized by Google

bei der Verkaufskommission wird er durch den Selbsteintritt Eigentümer der ihm zum kommissionsweisen Verkauf übersendeten Papiere, sie sind dann nicht mehr fremde. Bei der Einkaufskommission ist der Kommissionsauftrag, den er dem Dritten gibt, ein Geschäft, das er für sich und für eigne Rechnung macht. Von einem Weitergeben des Auftrages ist im Falle des Selbsteintritts keine Rede (Begr. 82; vgl. Lusensky, DepGes. § 8 Anm. 4; Rieser 70). Sowohl bei der Verkaufs-, wie bei der Einkaufskommission besteht die Mitteilungspflicht nur, wenn der Kommissionär seinerseits einen Kommissionsauftrag erteilt, nicht wenn er das ihm aufgetragene Verkaufs- oder Einkaufsgeschäft mit dem Dritten schließt. Dagegen unterscheiden sich die beiden Fälle der Verkaufs- und Einkaufskommission in folgenden Punkten: bei der Einkaufskommission hört im Falle des Selbsteintritts die Mitteilungspflicht schon von dem Augenblicke auf, in dem der Kommissionär sich entschließt, die Kommission durch Selbsteintritt auszuführen; denn schon von diesem Augenblicke an handelt er für eigene Rechnung, so daß schon von diesem Augenblicke an von einem Weitergeben des Auftrags nicht gesprochen werden kann (Rieser 72 Fußnote 2). Bei der Verkaufskommission dagegen besteht die Mitteilungspflicht nicht nur im Fall des Weitergebens des Auftrags, sondern in allen Fällen, in denen fremde Wertpapiere zum Zweck der Veräußerung einem Dritten übergeben werden. Fremde bleiben sie ja auch dann, wenn der Verkaufskommissionär sich entschlossen hat, durch Selbsteintritt auszuführen; erst durch den Selbsteintritt wird er Eigentümer, hören die Papiere auf, fremde zu sein, und fällt die Mitteilungspflicht weg (vgl. auch über die hier behandelte Mitteilungspflicht Anm. 2 zu § 397). § 400.

Zusatz 3. Über Strafbestimmungen s. § 401 Anm. 9. Anm. 33.

§ 401.

Auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt hat der Kommissionär, wenn er bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt die Kommission zu einem günstigeren als dem nach § 400 sich ergebenden Preise ausführen konnte, dem Kommittenten den günstigeren Preis zu berechnen. § 401.

Hat der Kommissionär vor der Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlaß der ertheilten Kommission an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen, so darf er dem Kommittenten keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis berechnen.

Lit.: wie zu § 383.

Der Paragraph bezieht sich zunächst, wie nicht zweifelhaft ist und die Bezugnahme auf § 400 ergibt, auf alle Fälle des § 400. Er findet aber darüber hinaus auch insofern Anwendung, als auch in anderen Fällen das Eintrittsrecht zulässigerweise vereinbart werden kann (§ 400 Anm. 5). Auch auf diese Fälle findet § 401 Anwendung. Einleitung.

1. **Inhalt und Zweck der beiden Vorschriften.** Der Kommissionär bleibt auch beim Selbsteintritt Kommissionär (§ 400 Anm. 16). Das hat zur Folge, daß er auch hierbei die Interessen des Kommittenten pflichtgemäß wahrnehmen muß. Er darf daher die im § 400 erwähnten Kurse nicht als feststehende Normen betrachten, sondern muß überall bestrebt sein, den für den Kommittenten günstigsten Kurs zu erzielen. Hat er dies pflichtwidrig (§ 384) verabsäumt, so muß er sich gefallen lassen, daß der von ihm berechnete Kurs entsprechend berichtigt wird (Abs. 1 des vorl. Paragraphen). Ob dieser günstigere Preis gerade an der Börse oder am Markte zu erzielen war, ist gleichgültig (anders Breit 163). Der Kommissionär braucht zwar nicht anderswo, als an dem vertragsmäßigen Orte der Ausführung nach Ausführungsgelegenheit zu suchen, aber er darf auch eine anderweit sich ihm darbietende Ausführungsgelegenheit nicht zurückweisen; wenn er es dennoch tut, verletzt er die ihm obliegende Sorgfalt, und er muß den Preis, den er hierbei hätte erzielen können, berechnen. Insofern kommt auch der an ausländischen Börsen zu erzielende Preis in Betracht. Angesichts der heutigen Verkehrsverhältnisse kann man nicht einwenden, daß ein Börsen- oder Marktpreis Anm. 1.

Digitized by Google

§ 401. an weit entfernten Orten nicht in Betracht gezogen werden dürfe (Makower § 401 II; dagegen Düringer-Hachenburg § 401 Note II 2 u. Weißbart BankA. 05, 137). Im modernen Bankverkehr erfolgt gar kein Abschluß, ehe nicht die telegraphischen Nachrichten der großen Börsenplätze eingelaufen sind.

Anm. 2. Hat der Kommissionär aber gar aus Anlaß des erteilten Auftrags an der Börse oder am Markte ein Geschäft zu günstigerem Kurse abgeschlossen, so muß er sich, da immer nur die wirkliche Art der Ausführung geltend gemacht werden darf (RG. 6, 50; JW. 03, 374[9]; s. § 383 Anm. 31 u. 32), gefallen lassen, daß nach dieser Richtung der von ihm berechnete Kurs richtig gestellt werde (Abs. 2 des vorl. Paragraphen). Die letztere Vorschrift richtet sich besonders gegen den Kursschnitt (s. § 387 Anm. 1): sie will verhüten, daß der Kommissionär ein aus Anlaß des Kommissionsauftrages abgeschlossenes Geschäft bald auf den Kommittenten wälzt, bald nicht, je nachdem dies für seine, des Kommissionärs, Interessen günstig ist. Die aus Anlaß des erteilten Auftrages geschlossenen Geschäfte sind die, welche der Kommissionär vornimmt, um sich in den Stand zu setzen, eintreten und erfüllen zu können. Die allgemeine Ausdrucksweise „aus Anlaß" ist mit Absicht gewählt, weil der frühere Rechtszustand unüberwindliche Schwierigkeiten für den Kommittenten zur Folge hatte. Denn danach durfte allerdings, wie von der herrschenden Ansicht angenommen wurde (vgl. 3./4. Aufl. Art. 376 § 14), der Kommittent dem ihm berechneten Kurse gegenüber dem Kommissionär nachweisen, daß dieser in Ausführung des Kommissionsauftrages zu einem besseren Kurse bereits abgeschlossen habe. Allein ob das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft in Ausführung des Kommissionsauftrages oder nur zu dem Zwecke, um den beabsichtigten Selbsteintritt erklären und erfüllen zu können, geschehen war, war gewöhnlich nicht zu erforschen und zu beweisen (JW. 97, 172[27]). Deshalb begnügt sich das neue Gesetz damit, daß der Kommissionär das Geschäft abgeschlossen hat „aus Anlaß" des ihm erteilten Auftrags. Das umfaßt beide Fälle: den Abschluß in Ausführung der Kommission und den Abschluß zum Zwecke des Selbsteintritts. Aber jedenfalls setzt der Begriff des „Anlaßgeschäfts" voraus, daß die Kommission bereits erteilt und übernommen war, als es abgeschlossen wurde: die in Erwartung von Kommissionsaufträgen abgeschlossenen Geschäfte fallen nicht darunter (Breit 158; vgl. § 384 Anm. 18). Zu erwähnen sei noch, daß nur die an der Börse oder am Markte abgeschlossenen Anlaßgeschäfte gemeint sind, nicht die außerhalb der Börse aus freier Hand geschlossenen Geschäfte; doch muß es nicht gerade die Börse des jeweiligen Ortes sein, an dem das Ausführungsgeschäft zu schließen war, sondern jeder börsenmäßige Abschluß ist getroffen (Breit 160 gegen Bondi bei Holdheim 6, 256) und zwar auch der an einer auswärtigen Börse getätigte. Dies schon deshalb, weil der Abschluß durch Selbsteintritt erfolgt ist (Düringer-Hachenburg § 401 IV 2; a. M. Makower § 401 IIIb; Lehmann-Ring § 401 Nr. 3; Weißbart BankA. 05, 138).

Anm. 3. 2. **Beide Vorschriften greifen in allen Fällen des § 400 Platz.** Durch die Berechnung des Börsenmarktpreises zur Zeit der Absendung der Ausführungsanzeige bzw. des Schlußkurses, oder des bestimmten Kurses, und des amtlichen Kurses (Abs. 2—5 des § 400) genügt der Kommissionär zwar seiner Rechenschaftspflicht, aber nicht seinen Verpflichtungen als Kommissionär überhaupt. Er ist im letzten Ende verpflichtet, den günstigeren Preis zu berechnen, der sich unter Zugrundelegung des § 401 für den Kommittenten ergibt. Nur daß er in dieser Hinsicht abwarten kann, bis ihm der Gegenbeweis geführt wird. Aber auch dieses Abwarten ist nur seine zivilrechtliche Befugnis: strafrechtlich ist er dazu nicht befugt (vgl. unten Anm. 9).

Anm. 4. Insbesondere gilt dies auch beim Limito. An sich ist das Limito kein Hindernis für den Selbsteintritt (§ 400 Anm. 6). Aber der Kommissionär muß auch hierbei das Interesse des Kommittenten wahrnehmen und das Limito nicht blind als Norm betrachten: er muß günstiger abschließen, wenn er dies kann, der Kommittent verzichtet durch das Limito nicht auf einen günstigeren Abschluß, sondern bezeichnet damit nur den ungünstigsten Kurs, zu welchem abgeschlossen werden darf (ROHG. 8, 96; unrichtig Kahn, Börsengesetz § 71 Anm. 8); der Kommissionär muß ferner den günstigeren Preis dann in Rechnung stellen,

Digitized by Google

wenn er aus Anlaß des Auftrages günstiger abschließt. Andererseits hat er allerdings den Marktpreis nach § 400 zu berechnen, wenn dieser günstiger ist als das Limito. Und er muß, wenn endlich das Limito günstiger ist, als der Marktpreis, das Limito berechnen; er darf in solchem Falle entweder überhaupt nicht die Kommission ausführen, oder er muß, wenn er eintreten will, zum Limito eintreten (ROHG. 8, 96; 12, 188; 23, 104). Lautet das Limito „zum ersten, zum mittleren, zum letzten Kurse", so liegt darin nicht nur ein Limito, sondern auch eine Zeitbestimmung. In diesem Falle kann § 401 Abs. 1 nur dann Platz greifen, wenn gerade zur Zeit des betreffenden Schlußkurses Gelegenheit war, mit einem Dritten günstiger abzuschließen (so zutreffend Breit 165). § 401.

3. **Die Anwendung der Vorschriften setzt selbstverständlich voraus, daß der günstigere Abschluß im übrigen zu gleichen Bedingungen hätte erfolgen können oder erfolgt ist, wie das kommittierte Geschäft.** Nur wenn bei im allgemeinen gleichen Bedingungen günstiger abgeschlossen werden konnte oder abgeschlossen worden ist, kann der Kommittent verlangen, daß ihm der günstigere Preis berechnet werde. Hätte oder hat der günstigere Kurs nur für größere Opfer anderer Art (größeren Kreeit, größere Sicherheiten, bessere Qualität usw.) erzielt werden können, so fehlt es an der Gleichartigkeit der Geschäfte und die Vorschriften bleiben außer Anwendung (zust. Breit 162). Anm. 5.

Ebenso braucht natürlich nicht jedem Auftraggeber der günstigste Kurs angerechnet zu werden, wenn zur Ausführung mehrerer gleichartiger Aufträge Geschäfte zu verschiedenen Kursen eingegangen wurden. Das heben die Motive zum Börsengesetze ausdrücklich hervor, sie sagen aber nicht, was in solchem Falle Rechtens sein soll. Der Kommittent kann, wenn er beweisen kann, daß der Kommissionär ein bestimmtes Geschäft aus Anlaß seines Auftrages abgeschlossen hat, den hierbei erzielten Kurs berechnet verlangen. Kann er einen so genauen Beweis nicht führen, sondern nur, daß die verschiedenen Geschäfte unter anderem auch aus Anlaß seines Auftrages abgeschlossen wurden (vgl. § 384 Anm. 18), so bleibt nichts übrig, als dem Kommissionär die Bestimmung zu überlassen, wie er die einzelnen Geschäfte auf die Auftraggeber verteilen will. Er kann aber auch nicht allen in Frage kommenden Kommittenten den ungünstigsten Preis anrechnen, sondern muß eben eine, wenn auch seinem Ermessen überlassene Teilung, vornehmen. Er hat z. B. von A den Auftrag gehabt, 60 Stück Laura, von B 20 und von C ebenfalls 20 Stück Laura zu 100% zu kaufen, und es gelingt ihm, 50 Stück zu 98%, 30 Stück zu 99% und 20 Stück zu 100% zu kaufen, so kann er nicht etwa allen Dreien 100% berechnen, sondern er muß auch die beiden günstigeren Kurse seinen Kommittenten in Rechnung stellen; wem, hängt von seinem Belieben ab. Hat er aber z. B. dem A seine 60 Stück bereits in der Weise zugeteilt, daß er ihm 30 Stück zu 99%, 20 Stück zu 100% und 10 Stück zu 98% zugeteilt hat, so haben B und C das Recht, die übrigen Stück zu 98% zugeteilt zu erhalten (zust. Breit 162). Anm. 6.

4. **Die Beweislast** hat der Kommittent. Es ist nicht ganz unzweifelhaft, ob nicht der Kommissionär die Rechenschaftspflicht und demgemäß auch die Beweislast hat, daß er keinen günstigeren Abschluß machen konnte und auch nicht gemacht hat. Denn die Vorschrift des § 401 klingt doch an sich sehr bestimmt: er „muß den günstigeren Preis berechnen" (Abs. 1), „er darf keinen ungünstigeren Preis berechnen" (Abs. 2). Allein wenn man dies annehmen wollte, so würde die Vorschrift des § 400 Abs. 2 inhaltslos sein: Die Rechenschaftspflicht wäre dann ja eben nicht auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der Marktpreis zur Zeit der Ausführung eingehalten ist. Diese Einschränkung der Rechenschaftspflicht ist aus dem früheren Recht übernommen; sie hat deshalb die gleiche Bedeutung wie früher. Auch nach früherem Recht galt der Kommissionär als verpflichtet, so günstig wie möglich abzuschließen, und haftete dafür. Aber die Rechenschaftspflicht war durch den Nachweis des eingehaltenen Marktpreises beschränkt. Es würde auch zu weit und zu einer unerträglichen Rechenschaftspflicht führen, wollte man dem Kommissionär die Pflicht auferlegen, sich darüber auszuweisen, daß er nicht günstiger hätte abschließen können oder aus Anlaß des Geschäfts nicht günstiger abgeschlossen hat. Es ist nicht ersichtlich, daß auch die Rechenschafts- Anm. 7.

Digitized by Google

§ 401. pflicht nach dieser Richtung erhöht werden sollte (zust. Breit 158; vgl. § 384 Anm. 17 ff.). Die Berechnungspflicht geht allerdings weiter (unten Anm. 9).

Anm. 8. 5. **Die Bestimmungen des § 401 können zum Nachteil des Kommittenten durch Vertrag nicht abgeändert werden** (§ 402). Es kann also nicht durch Vertrag bestimmt werden, daß der Kommissionär den Vorteil nicht zuzuwenden braucht, den er durch einen günstigeren Abschluß erzielen konnte oder erzielt hat. Wohl aber können zum Vorteil des Kommittenten die Vorschriften abgeändert und insbesondere die Rechenschaftspflicht zu seinen Gunsten verschoben werden (vgl. § 400 Anm. 30).

Anm. 9. 6. **Verschärft werden die Vorschriften dieses Paragraphen durch die Vorschrift des § 79 Nr. 2** des Börsengesetzes, die nicht nur für das Gebiet des Börsengesetzes, sondern für alle Kommissionäre gilt (Mot. 58). Danach wird der Kommissionär bestraft, wenn er bei Ausführung eines Auftrags oder bei der Abwicklung eines Geschäfts absichtlich zum Nachteil des Kommittenten handelt. Dieser Tatbestand wird insbesondere auch erfüllt: durch nachteilige Beeinflussung des Kurses, soweit dies nicht ohnehin durch Ausführung von wirklichen Aufträgen geschieht, durch wissentliche Auswahl eines dem Kommittenten ungünstigen Zeitpunktes für den Abschluß des Abwicklungsgeschäfts (Abs. 1 des § 401) und durch Berechnung eines unrichtigen Kurses, also durch Berechnung eines hinter dem Kurse des „Anlaßgeschäfts" zurückstehenden Preises (§ 400 oben Anm. 2 und 22). Es scheint auf den ersten Blick, als bestände ein Widerspruch dieser Bestimmung mit § 79 Nr. 2 des Börsengesetzes, indem nach § 400 Abs. 2 der Kommissionär berechtigt ist, den Börsenkurs zur Zeit der Ausführung zu berechnen, und nach § 79 Nr. 2 des Börsengesetzes bestraft wird, wenn er von dieser Befugnis Gebrauch macht, obgleich er günstiger hätte abschließen können oder aus Anlaß des Geschäftes abgeschlossen hat. Indessen ist wohl zu unterscheiden zwischen der Rechenschafts- und Berechnungspflicht. In den §§ 400 und 401 ist einmal die Frage geregelt, welche Preise der Kommissionär dem Kommittenten in den einzelnen Fällen in Rechnung zu stellen materiell verpflichtet ist, d. h. zu welchem Preise er dem Kommittenten die Waren zu überlassen, oder welchen Preis er ihm als Selbstkäufer zu zahlen verpflichtet ist. Im § 400 Abs. 2 ist aber ferner für alle in Betracht kommenden Fälle angeordnet, daß seine Rechenschaftspflicht durch den Nachweis erschöpft ist, daß er den Börsenkurs zur Zeit der Ausführung berechnet hat. Demzufolge erfüllt er seine Rechenschaftspflicht in allen Fällen durch die Führung dieses Nachweises. Dem Kommittenten liegt demgegenüber der Gegenbeweis ob. Gelingt aber dem Kommittenten der Gegenbeweis, so hat er dadurch den Kommissionär einer Pflichtverletzung überführt, indem er dem Kommissionär nachgewiesen hat, daß er ihm nicht den Preis berechnet hat, den er ihm zu berechnen hatte, und hieraus ergeben sich gegen den Kommissionär zivilrechtliche und strafrechtliche Folgen.

§ 402.

§ 402. **Die Vorschriften des § 400 Abs. 2 bis 5 und des § 401 können nicht durch Vertrag zum Nachtheile des Kommittenten abgeändert werden.**

Die vorliegende Vorschrift macht die Vorschriften der Absätze 2—5 des § 400 und des § 401 zu zwingenden. Der Paragraph ist bereits zu § 400 Anm. 30 und § 401 Anm. 8 erläutert.

§ 403.

§ 403. **Der Kommissionär, der das Gut selbst als Verkäufer liefert oder als Käufer übernimmt, ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten berechnen.**

Die aus Art. 376 des alten HGB. unverändert übernommene Vorschrift ordnet an, daß der selbsteintretende Kommissionär die gewöhnliche Provision und die regelmäßigen Unkosten

Digitized by Google

berechnen kann. Das folgt daraus, daß der Selbsteintritt eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrags ist. § 403.

1. Die gewöhnliche Provision, aber nicht die Delkredere-Provision, da er ja nicht in die Lage kommt, für die Verbindlichkeiten eines Dritten einzustehen (§ 394 Anm. 7; über die Versicherung vgl. § 400 Anm. 28).
2. Die regelmäßigen Kosten hat er zu beanspruchen, auch wenn sie infolge des Eintritts nicht entstehen (z. B. die Maklercourtage), auch Stempel (Breit 169). Das beruht auf dem Gedanken, daß der Kommissionär, um eintreten zu können, vorher Kaufgeschäfte abschließt, bei denen ihm diese Unkosten erwachsen. Doch ist es gleichgültig, ob ihm im Einzelfalle diese Kosten erwachsen sind. Sie gelten im Falle des Selbsteintritts als ein gesetzlicher Zuschlag zum Preise (ROHG. 6, 190).

§ 404.

Die Vorschriften der §§ 397, 398 finden auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt Anwendung. § 404.

Der vorliegende Paragraph beseitigt eine frühere Streitfrage, **indem er auch dem selbsteintretenden Kommissionär das Pfandrecht des § 397 und das pfandartige Recht des § 398 gibt.**

Diese Vorschriften sind im Zusammenhang zu § 400 Anm. 24 ff. erörtert.

§ 405.

Zeigt der Kommissionär die Ausführung der Kommission an, ohne ausdrücklich zu bemerken, daß er selbst eintreten wolle, so gilt dies als Erklärung, daß die Ausführung durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei. § 405.

Eine Vereinbarung zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, daß die Erklärung darüber, ob die Kommission durch Selbsteintritt oder durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt sei, später als am Tage der Ausführungsanzeige abgegeben werden dürfe, ist nichtig.

Widerruft der Kommittent die Kommission und geht der Widerruf dem Kommissionär zu, bevor die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist, so steht dem Kommissionär das Recht des Selbsteintritts nicht mehr zu.

Lit.: wie zu § 383.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph behandelt zwei ganz verschiedene Gegenstände: Er enthält einmal die Folgen der nicht erschöpfenden und nicht deutlichen Ausführungsanzeige (Abs. 1 u. 2) und gibt ferner den letzten Zeitpunkt an, bis zu dem der Kommissionär von dem Rechte des Selbsteintritts Gebrauch machen kann (Abs. 3).

Anm. 1.

1. (Abs. 1 u. 2.) **Die Vorschrift regelt die Folgen der nicht erschöpfenden und nicht deutlichen Ausführungsanzeige.** Sie wendet sich gegen das frühere Recht (d. h. gegen das Recht vor dem Börsengesetze), das eine erschöpfende und deutliche Anzeige nicht vorgeschrieben hatte. Vielmehr konnte hier im allgemeinen die Ausführung angezeigt und dann immer noch der Selbsteintritt gewählt, oder der Abschluß mit einem Dritten angezeigt werden (3./4. Aufl. Art. 376 § 6). Auch wurde das Erfordernis der Deutlichkeit von der Rechtsprechung ausdrücklich verneint (z. B. „Kaufte für Sie an heutiger Börse" wurde als bloße Redensart bezeichnet, welche den Selbsteintritt nicht ausschloß; RG. 1, 290; 4, 95).

Anm. 2.

a) Auf welche Fälle bezieht sich die Vorschrift? Auf alle Fälle, auf welche der § 400 Anwendung findet, also nicht nur auf die Fälle, die der § 400 ausdrücklich regelt, sondern auch auf die Fälle des Selbsteintritts, welche auf zulässiger Vereinbarung beruhen (§ 400 Anm. 5).

Digitized by Google

§ 405. Nicht geregelt ist hier der Fall unterlassener Ausführungsanzeige (vgl. RG. bei Förtsch Art. 376 Anm. 14). Über diesen Fall s. zu § 400 Anm. 12.

Anm. 3. b) **Der Inhalt der Vorschrift:** Zeigt der Kommissionär nur im allgemeinen die Ausführung an, bemerkt er aber nicht ausdrücklich, daß er selbst eintrete, so gilt dies als Erklärung, daß er den Auftrag durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt habe. Die Folgen solcher Erklärung muß der Kommissionär als eine gesetzliche Rechtsfolge der nicht gehörigen Ausführungsanzeige tragen. Er kann nicht etwa den Beweis führen, daß er in Wahrheit nicht mit einem Dritten abgeschlossen habe (auch nicht, daß es auf einem Irrtum beruhe, wenn er jene allgemeine Erklärung abgegeben hat? Darüber s. § 384 Anm. 34).

Anm. 4. Und zwar gilt dies als Ausführungsanzeige, inhalts deren der Kommissionär anzeigt, daß er die Kommission durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt habe, ohne diesen Dritten zu benennen. Die Folgen einer derartigen Anzeige sind im § 384 Abs. 3 behandelt (s. daher Anm. 33ff. zu § 384: Einstehen für die Erfüllung).

Anm. 5. Das Erfordernis der Ausdrücklichkeit ist hierbei dahin aufzufassen: es muß deutlich durch Worte ausgedrückt sein, daß der Kommissionär von dem Rechte des Selbsteintritts Gebrauch gemacht habe (Breit 98). Es ist dies eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Näheres s. unten Anm. 13.

Anm. 6. c) Wie weit geht die Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen? Durch Vereinbarung kann allerdings ausgeschlossen werden, daß die allgemeine Ausführungsanzeige als Erklärung des Abschlusses mit einem Dritten gilt. Durch nachträgliche Vereinbarung selbstverständlich. Durch vorherige Vereinbarung aber nur bis zu einer gewissen Grenze: es kann — allgemein oder im Einzelfalle — vereinbart werden, daß die allgemeine Ausführungsanzeige die Selbsteintrittserklärung darstellen soll (Mot. zum BörsGes. 72); es kann auch vereinbart werden, daß der Selbsteintritt noch nach der allgemeinen Ausführungsanzeige an demselben Tage erklärt werden dürfe, aber es kann nicht vereinbart werden, daß diese Erklärung über den Tag der Ausführungsanzeige hinaus aufgeschoben werden dürfe (Abs. 2). Es kann sich der Kommissionär auch das Recht des Selbsteintritts noch besonders ausbedingen. Das geschieht z. B. durch den Vorbehalt, „einlaufende Orders eventuell in sich selbst kompensieren zu dürfen" (RG. in SeuffA. 45 Nr. 206).

Anm. 7. d) Die getroffene Wahl ist unwiderruflich, und zwar für beide Teile (ROHG. 19, 362; 20, 328; RG. 6, 48; JW. 92, 394[5]). Daß der Einkaufskommissionär in dem Augenblick seines Eintritts schon im Besitz der dem Kommittenten zu liefernden Ware sein müßte, oder daß er die Ware wenigstens eingekauft haben müßte, gehört nicht zur Rechtsgültigkeit und Unabänderlichkeit des Eintritts, sondern macht den Kommissionär gerade haftbar, wenn er als Verkäufer nicht erfüllen kann. Eine andere Frage ist es, bis zu welchem Augenblick der Kommittent durch Widerruf des Kommissionsauftrags den Kommissionär an Abgabe der Eintrittserklärung hindern kann.

Anm. 8. 2. (Abs. 3.) **Feststellung des spätesten Zeitpunktes, bis zu dem der Selbsteintritt erklärt werden muß.**

a) **Der rechtliche Inhalt der Vorschrift.** Er befaßt sich mit folgender Frage: Bis zu welchem Zeitpunkte kann der Kommittent durch seinen Widerruf den Selbsteintritt des Kommissionärs verhindern? Die Widerrufsmöglichkeit eines jeden Kommissionsauftrages ist dabei vorausgesetzt (hierüber Anm. 23 zu § 383), und ebenso ist vorausgesetzt, daß die Kommission nur so lange widerrufen werden kann, als sie nicht ausgeführt ist. Wann diese letztere Bedingung vorliegt, ist bei dem Abschluß mit Dritten klar, und ebenso ist unzweifelhaft, daß in einem solchen Falle der Widerruf schon durch die Ausführung, nicht erst durch die Anzeige der Ausführung verhindert wird (s. über alles dieses Anm. 24 zu § 383). Aber hier fragt sich: Wann gilt beim Selbsteintritt die Kommission als ausgeführt? Hier ist einmal davon auszugehen, daß der Selbsteintritt eine Erklärung gegenüber dem Gegner ist; der bloße Entschluß, eintreten zu wollen, ist ein innerer Vorgang,

Digitized by Google

der den Gegner nichts angeht (unten Anm. 13), andererseits ist der Selbsteintritt vollzogen durch die Erklärung; einer Annahme durch den Gegner bedarf es nicht. Mithin genügt die Abgabe der Erklärung (§ 400 Anm. 15 u. 20). Auf diesen Erwägungen beruht die vorliegende Vorschrift. § 405.

b) **Die Voraussetzung** ist also: Anm. 9.

α) Daß der Kommittent den Auftrag widerruft. Der Kommittent kann den Widerruf auch zurücknehmen, doch muß die Zurücknahme den Widerruf überholen oder mindestens gleichzeitig mit ihm eintreffen (Hahn § 4c; Förtsch Art. 377 Anm. 7; vgl. Exk. zu § 361 Anm. 15 u. 31). Das Verlangen nach Herausgabe des Kommissionsgutes enthält regelmäßig den Widerruf (ROHG. 16, 305).

β) Der Widerruf muß eintreffen, ehe die Eintrittserklärung abgegeben ist. Die Gefahr des Eintreffens und des rechtzeitigen Eintreffens trägt der Kommittent. Anm. 10.

Über Abgabe zur Absendung s. Anm. 15 u. 20 zu § 400. Die Absendung selbst entscheidet nicht. Übrigens ist nicht etwa briefliche Ausführungsanzeige unerläßlich. Auch nach mündlicher Anzeige der Ausführung ist der Widerruf nicht mehr möglich (ROHG. 8, 95; vgl. § 361 Anm. 4). Dasselbe gilt von telephonischer Anzeige, die im Börsenverkehr häufig vorkommt (vgl. Exk. zu § 361 Anm. 31). Anm. 11.

Inhaltlich konnte die Eintrittsanzeige nach früherem Rechte auch allgemein gehalten sein (RG. 7, 98 u. Hahn Art. 377 Anm. 11 gegen ROHG. 8, 95), jetzt nicht mehr, vgl. oben Anm. 1. Anm. 12.

Es ist eine ausdrückliche Eintrittsanzeige erforderlich. Der Entschluß allein, selbst wenn er Dritten gegenüber erkennbar gemacht ist, genügt nicht (ROHG. 5, 281; oben Anm. 5). Aber es fragt sich, ob schon in der Erfüllung oder in dem sonstigen Verhalten des Kommissionärs, durch welches das Geschäft als Erfüllung erscheint, eine den Widerruf verhindernde Ausführungsanzeige oder eine gleichwertige Tatsache liegt, z. B. darin, daß der Einkaufskommissionär die Ware an den Kommittenten absendet, der Verkaufskommissionär sie aus dem öffentlichen Lagerhause holt und in seiner Fabrik verwendet. Hahn (§ 6 zu Art. 377) bejaht dies. Die Frage ist jedoch zu verneinen. In einer solchen Erfüllungshandlung ist keine einer ausdrücklichen Ausführungsanzeige gleichwertige Tatsache zu erblicken. Es genügt nur noch eine deutliche Selbsteintrittserklärung (oben Anm. 5). Die Mitteilung, daß die verkauften Papiere geliefert seien, ist daher keine ausdrückliche Anzeige des Selbsteintritts (RG. 53, 368); auch nicht die Übersendung des vom Kommissionär wie von einem Verkäufer vollzogenen Schlußscheins oder Bestätigungsschreibens. Aus solchen Umständen kann der Kommittent nicht entnehmen, ob nicht das Geschäft mit einem nicht namhaft gemachten Dritten abgeschlossen ist (RG. 63, 30). Wenn nun auch die Eintrittserklärung „unzweideutig durch Worte" ausgedrückt werden muß (RG. 63, 30), so ist doch nicht ausgeschlossen, daß gewisse Erklärungen nach Handelsgebrauch und nach den Umständen im einzelnen Falle als eine ausdrückliche Eintrittsanzeige zu gelten haben, wenn sie der Kommittent gar nicht anders verstehen konnte (vgl. RG. 25, 73, wo allerdings noch der alte Rechtszustand maßgebend war). Anm. 13.

c) **Nach Eintreffen des Widerrufs kann der Kommissionär nicht mehr rechtswirksam eintreten.** Ist er aber vorher rechtswirksam eingetreten oder vielmehr hat er die Eintrittserklärung zur Absendung abgegeben, so bleibt es ihm unbenommen, die Eintrittserklärung zurückzunehmen, ehe sie eintrifft, sei es durch Rückforderung von der Post oder durch telegraphischen Widerruf einer brieflichen Anzeige (Förtsch Anm. 5 zu Art. 377; vgl. Exk. zu § 361 Anm. 31). Die Wirksamkeit der Eintrittserklärung ist nämlich davon abhängig, daß sie beim Kommittenten eintrifft; und die Gefahr des Eintreffens trägt der Kommissionär (Hahn Art. 377 § 2). Anm. 14.

d) **Die Beweislast.** Ist der Widerruf eingetroffen, so muß der Kommissionär beweisen, daß die Eintrittserklärung bereits zur Absendung abgegeben und der Widerruf daher nicht mehr möglich war (ROHG. 5, 281; 16, 305). Anm. 15.

Digitized by Google

§ 406.

§ 406. Die Vorschriften dieses Abschnitts kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer als der im § 383 bezeichneten Art für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu schließen übernimmt. Das Gleiche gilt, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft in der bezeichneten Weise zu schließen übernimmt.

Als Einkaufs- und Verkaufskommission im Sinne dieses Abschnitts gilt auch eine Kommission, welche die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstande hat.

Lit.: wie zu § 383.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph dehnt die Vorschriften über die Kommission aus,** und zwar in dreifacher Richtung:

1. **Die erste Ausdehnung.** Während eine Kommission an und für sich nur dann vorliegt, wenn jemand es gewerbsmäßig übernimmt, für Rechnung eines anderen in eigenem Namen Waren oder Wertpapiere zu kaufen oder zu verkaufen, sollen die Vorschriften über die Kommission auch dann Anwendung finden, wenn ein Kommissionär, also jemand, der die gewerbsmäßige Übernahme solcher Kaufgeschäfte bereits betreibt, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer Art für Rechnung eines anderen zu schließen übernimmt: Ein Geschäft anderer Art, d. h. ein Geschäft, das nicht ein Kaufgeschäft ist oder nicht Waren oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, oder bei dem beides nicht der Fall ist (vgl. hierüber Anm. 5 u. 8 zu § 383).

Anm. 2. 2. **Die zweite Ausdehnung.** Auch dann sollen die Vorschriften über die Kommission Anwendung finden, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, ein Geschäft in eigenem Namen für Rechnung eines anderen zu schließen übernimmt: ein Geschäft, also irgendein Geschäft, es mag ein Kaufgeschäft sein oder nicht, es mag Waren oder Wertpapiere zum Gegenstand haben oder nicht (vgl. hierüber Anm. 5 u. 8 zu § 383). Aber es müssen die wesentlichen Merkmale einer kaufmännischen Kommission vorliegen, also der Auftrag auf Abschluß in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers, lauten (JW. 85, 187[26], z. B. wenn eine Musikalienhandlung Billette zu einem Künstlerkonzert für den Künstler verkauft (OLG. Dresden, SächsA. 14, 93). Hierher gehört auch die Exportkommission (§ 383 Anm. 41) und die Inkassokommission.

Anm. 3. 3. **Die dritte Ausdehnung.** Während die echte Kommission nur wirkliche Kaufgeschäfte über Waren oder Wertpapiere zum Gegenstand hat, soll es als Einkaufs- oder Verkaufskommission auch angesehen werden, wenn eine Kommission die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstand hat. Wenn diese Lieferung ein Handelsgeschäft ist, so liegt allerdings ein Kaufgeschäft insofern vor, als nach § 381 Abs. 2 die für den Handelskauf gegebenen Vorschriften der §§ 373—380 auf diesen Werkvertrag Anwendung zu finden haben (Exk. vor § 373 Anm. 13ff.). Die Übernahme des Abschlusses eines solchen Geschäfts würde daher keine Kommission sein. Jemand, der sich gewerbsmäßig damit beschäftigt, den Abschluß derartiger Geschäfte in eigenem Namen, aber für Rechnung anderer zu übernehmen, wäre nicht Kommissionär. Solche Geschäfte sollen aber nach unserem § 406 Abs. 2 als Einkaufs- und Verkaufskommissionen gelten (vgl. hierüber Anm. 5 zu § 383).

Digitized by Google

Vierter Abschnitt.
Speditionsgeschäft.

§ 407.

§ 407. Spediteur ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Güterversendungen durch Frachtführer oder durch Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines Anderen (des Versenders) in eigenem Namen zu besorgen.

Auf die Rechte und Pflichten des Spediteurs finden, soweit dieser Abschnitt keine Vorschriften enthält, die für den Kommissionär geltenden Vorschriften, insbesondere die Vorschriften der §§ 388 bis 390 über die Empfangnahme, die Aufbewahrung und die Versicherung des Gutes, Anwendung.

Lit.: Burchardt, Das Recht der Spedition, Stuttgart 1894; derf., Das Speditionsgeschäft; Eger, EisenbE. 14, 191 u. 282 ff.; Meyer, Der Spediteur und seine Pflichten, Berlin 1904; dazu Komm. in ZHR. 55, 336; Weber, Vergleich der Haftung des deutschen Spediteurs und des franz. Commissionaire de transport.

Der vorliegende Paragraph enthält die Begriffsbestimmung des Spediteurs und gibt an, welche Vorschriften für die Spedition maßgebend sind. Anm. 1.

1. **Der Begriff des Spediteurs im allgemeinen.** Spediteur ist der, der es gewerbsmäßig übernimmt, Güterversendungen durch Frachtführer oder durch Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines anderen (des Versenders) in eigenem Namen zu besorgen.

Die Spedition ist keine Unterart der Kommission, da diese nach dem neuen HGB. nur in der Übernahme des Abschlusses von Kaufgeschäften besteht. Aber sie ist mit der Kommission auf das engste verwandt, da sie, wie jene, in der Übernahme des Abschlusses von Geschäften in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung besteht. Sie gehört, wie die Kommission, zu der Unterart von Vertretungsverhältnissen, bei denen der Vertreter in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung handelt (vgl. Exk. zu § 58 Anm. 35 ff.). Anm. 2.

Die Spedition ist, wie die Kommission, ein Dienstvertrag, gerichtet auf die Besorgung eines Geschäfts, so daß gemäß § 675 BGB. die Vorschriften über den Dienstvertrag, in Verbindung mit den Vorschriften über den Auftrag Anwendung finden (vgl. § 383). Anm. 3.

Der Spediteur ist Kaufmann, und zwar Kaufmann kraft Gewerbes, also auch ohne hinzukommende Eintragung in das Handelsregister (§ 1 Abs. 2 Nr. 6). Anm. 4.

Nach den Regeln über das Speditionsgeschäft wird aber ferner ein Geschäft behandelt, das in der Annahme der Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines andern in eigenem Namen besteht, wenn ein Kaufmann, der nicht Spediteur ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine solche Güterversendung übernimmt (§ 415). Vgl. hierüber zu § 415. Anm. 5.

2. **Die einzelnen Bestandteile des Begriffes der Spedition.** Anm. 6.

a) **Die Besorgung von Güterversendungen** ist es, die der Spediteur übernimmt.

α) **Die Besorgung.** Darin liegt einmal der Abschluß der erforderlichen Fracht- und Speditionsverträge. Der Spediteur übernimmt nicht die Beförderung, sondern er übernimmt es, sie durch einen Frachtführer oder Verfrachter durch den Abschluß eines dahingehenden Beförderungsvertrages ausführen zu lassen. Der Spediteur ist der Absender (= Befrachter). Er stellt auch den Frachtbrief aus und kann aus dem Frachtvertrag selbständig gegen den Frachtführer (Verfrachter) klagen. Der wirtschaftliche Nutzen des Speditionsgeschäfts tritt besonders hervor, wenn der Versender mit dem Frachtführer nicht unmittelbar verhandeln kann, z. B. weil er dessen Adresse nicht weiß, oder weil er nicht geschäftskundig genug ist, um ihm die nötigen Anweisungen, Zolldeklarationen usw. zu geben.

Digitized by Google

§ 407. Zur Besorgung der Güterversendung gehört aber ferner eine Reihe von
Anm. 7. Leistungen zum Teil tatsächlicher Art, die einer Güterversendung vorhergehen (diese vorbereitend, sichernd, erleichternd, so die Wahl des Transportweges [JW. 97, 388[15]], die Sorge für die gehörige Verpackung [SeuffA. 38, 30] und Verladung, für die erforderlichen Zoll- und Begleitpapiere [JW. 02, 29[24]], die Übergabe und Abnahme des Guts) oder, dieser nachfolgend, sich auf das weitere Schicksal der Sendung beziehen (z. B. Sorge für die rechtzeitige Ankunft des Konnossements, auch Sicherung der Nachmännerhaftung usw.) (RG. 28, 140). Werden solche Dienstleistungen ausdrücklich oder stillschweigend im Zusammenhange mit der Güterversendung übernommen, so sind sie ein Bestandteil des Speditionsvertrages: sie gehören dann zur Besorgung der Güterversendung (JW. 01, 655[15]). Anders, wenn der Spediteur solche Dienstleistungen (Aufbewahrung von Gütern, Transport von Gütern) selbständig übernimmt. Alsdann handelt er nicht als Spediteur und solche Leistungen fallen nicht unter die Regeln des Speditionsvertrages (vgl. Einl. zu § 408; vgl. OLG. Dresden in ZHR. 36, 271, wo betont ist, daß Ansprüche aus solchen Dienstleistungen nicht durch das Pfandrecht des § 410 gesichert sind; ähnlich RG. in BadRpr. 03, 166).

Anm. 8. β) Güterversendungen müssen es sein. Was Güter sind, darüber vgl. zu § 425. Personentransport gehört nicht dazu.

Anm. 9. b) **Durch Frachtführer oder Verfrachter von Seeschiffen.** Zu Frachtführern gehören auch die Personen, welche die Beförderung auf Flüssen oder anderen Binnengewässern übernehmen (§ 425).

Anm. 10. c) **In eigenem Namen.** Der Spediteur muß also in eigenem Namen mit dem Frachtführer über den Transport des Frachtguts und Abführung desselben an den Empfänger abschließen und das Frachtgute dem Frachtführer übergeben (JW. 01, 396[4]). Dadurch unterscheidet sich der Spediteur vom Makler (Schiffsprokureur, Frachtmakler, Güterbestätter). Der letztere vermittelt den Abschluß. Er kann zwar auch mit dem Abschluß betraut sein, aber nur im Namen des Absenders. Ebenso ist derjenige, der, ohne zu vermitteln, beauftragt ist, im Namen des Versenders den Frachtvertrag abzuschließen, nicht Spediteur, sondern gewöhnlicher Beauftragter.

Anm. 11. d) **Für fremde Rechnung.** Darüber vgl. § 383 Anm. 9. Der andere, für dessen Rechnung der Spediteur handelt, heißt der Versender, wie Abs. 1 unseres Paragraphen hervorhebt. Auch der Empfänger kann zugleich der Versender sein, auch für seine Rechnung kann der Spediteur die Versendung besorgen.

Anm. 12. e) **Gewerbsmäßig.** Hierüber § 383 Anm. 16. Ebenda siehe darüber, ob jedes einzelne Geschäft entgeltlich sein muß.

Anm. 13. f) **Übernimmt.** Der Speditionsvertrag ist ein Dienstvertrag, gerichtet auf eine Geschäftsbesorgung (vgl. oben Anm. 3 u. § 383 Anm. 18 u. 19).

Anm. 14. 3. **Die Wirkungen des Speditionsvertrages** (Abs. 2).

a) **Zwischen dem Spediteur und dem Frachtführer:** Zwischen diesen ergeben sich die Rechtsfolgen des ausgeführten Geschäfts aus dem Frachtvertrage, den der Spediteur abschließt. Denn der Spediteur schließt ihn in eigenem Namen ab, wenn auch für Rechnung des Versenders. Rechte und Pflichten aus dem Vertrage werden daher für und gegen den Spediteur begründet.

Anm. 15. Hinzuzufügen ist, daß auch der Spediteur, wie der Kommissionär, für berechtigt erachtet werden muß, das Interesse des Auftraggebers dem Frachtführer gegenüber einzuklagen (RGHG. 20, 193; RG. 58, 42; vgl. § 383 Anm. 20).

Anm. 16. b) **Zwischen dem Versender und dem Frachtführer** entstehen keine Rechte und Pflichten. Daraus folgt zunächst, daß der erstere seine Interessen gegen den Frachtführer ohne Abtretung nicht geltend machen kann; ebenso nicht gegen den Zwischenspediteur (Bolze 7 Nr. 518); ferner daß der Versender wegen eines Irrtums in seiner Person oder wegen eines gegen ihn vom Frachtführer verübten dolus das Geschäft nicht anfechten kann (vgl. § 383 Anm. 21).

Digitized by Google

Endlich folgt daraus, daß der § 392 hier entsprechend anwendbar ist. Es gelten daher **§ 407.**
die Forderungen, die der Spediteur erwirbt, bis zur Abtretung an den Versender als Anm. 17.
Forderungen des Spediteurs; aber im Verhältnis zwischen dem Versender und dem Spediteur
und dessen Gläubigern gelten solche Forderungen als Forderungen des Versenders (vgl.
hierüber Exk. zu § 415).

c) **Zwischen dem Versender und dem Spediteur entstehen die Rechte und Pflichten aus dem** Anm. 18.
Speditionsvertrage. Welcher Natur diese sind, bestimmen eben die Vorschriften unseres
Abschnitts, ergänzt durch die Grundsätze über die Kommission (wie dies Abs. 2 unseres Para-
graphen besonders hervorhebt; vgl. hierüber Exk. zu § 415), und durch die allgemeinen
Grundsätze über Rechtsverhältnisse solcher Art. Wurden dem Spediteur sämtliche Transporte
des Versenders während der Schiffahrtsperiode eines Jahres übertragen, so darf nicht der größte
Teil der Transporte so spät erst übergeben werden, daß schon mit Schluß der Schiffahrt ge-
rechnet werden mußte und die große Menge nur unter erheblichen Aufwendungen noch be-
fördert werden kann (OLG. Hamburg HansGZ. 04 Hptbl. 97).

Was insbesondere die Widerruflichkeit des Speditionsvertrages betrifft, so folgt diese Anm. 19.
aus den gleichen Grundsätzen, wie bei der Kommission (vgl. § 383 Anm. 23). Der
§ 627 BGB. ist auch hier anwendbar, sowohl auf den Versender, als auf den Spediteur.
Letzterer kann zwar jederzeit widerrufen, aber wenn er es ohne wichtigen Grund zur Unzeit
tut, so muß er den Versender entschädigen. Ebenso kann der Versender den Speditions-
vertrag widerrufen. Der Widerruf ist jedoch nur bis zum Abschluß des Frachtvertrages zu-
lässig, da hiermit die Dienstleistungen des Spediteurs im wesentlichen beendet sind. Beim
Selbsteintritt des Spediteurs nach § 412 ist der Widerruf bis zum Beginn der Beförderung
zulässig. Das Recht der Kündigung des Frachtvertrages, die bis zur Beendigung der Be-
förderung möglich ist, bleibt hiervon unberührt. (Vgl. § 412 Anm. 3, abweichend 6./7. Aufl.)

Seine Weisungen im einzelnen innerhalb des geschlossenen Vertrages kann der Versender Anm. 20.
noch nachträglich ändern oder von dem Spediteur verlangen, daß er diese Änderung bewirke.

Über Weisungen und Änderungen von Weisungen s. § 408 Anm. 14. Anm. 21.

Durch den Konkurs des Versenders wird das Speditionsverhältnis aufgehoben (§ 23 Anm. 22.
KO.). Näheres hierüber Anm. 25 zu § 383.

4. **Bei der Spedition kommt noch das Verhältnis zwischen dem Spediteur und dem Em-** Anm. 23.
pfänger in Betracht. Mit diesem steht der Spediteur, wenn er nicht etwa selbst der Auf-
traggeber ist (vgl. oben Anm. 11), in keinem Rechtsverhältnis. Er hat daher gegen den
Spediteur keine Rechte; § 435 ist nicht entsprechend anwendbar (ROHG. 12, 379; 13, 322;
OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 967). Doch kann der Versender dem Empfänger seine
Rechte einräumen. Ob der Versender hierzu verpflichtet ist, entscheidet das Rechtsverhältnis
zwischen diesem und dem Empfänger. Nur durch solche Abtretung kann der Empfänger
gegen die Personen vorgehen, die bei dem Transport als Zwischenpersonen beteiligt sind,
ohne daß er mit ihnen in einem Vertragsverhältnisse steht (RG. 43, 167; Bolze 7 Nr. 518;
ROHG. 12, 379; nur dann liegt die Sache anders, wenn der Spediteur sich dem Em-
pfänger besonders verpflichtet hat, vgl. RG. 04, 150; 43, 167; JW. 85, 159[14]). Auch § 436
ist nicht entsprechend anwendbar, und eine ähnliche Vorschrift zugunsten des Spediteurs be-
steht nicht. Zunächst haftet daher nur der Absender, nicht der Empfänger dem Spediteur für
die Kosten (JW. 97, 150[22]). Nach Handelsgebrauch gilt aber der Spediteur als beauftragt,
die Kosten vom Empfänger einzuziehen, und der Empfänger vom Absender als beauftragt,
die Kosten an den Spediteur zu zahlen (vgl. § 409 Anm. 4). Der Empfänger braucht nun
allerdings diesen Auftrag nicht anzunehmen; alsdann läuft er aber Gefahr, daß der Spediteur
von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht und das Gut ihm nicht aushändigt. Nimmt
jedoch der Empfänger das Gut vorbehaltlos so an, daß aus der Annahme der Verpflichtungs-
wille sich ergibt, so nimmt er dem Spediteur gegenüber die Anweisung an und macht sich
dadurch zum persönlichen Schuldner des Spediteurs (RG. 43, 167; JW. 97, 150[22]). Das
Ergebnis ist der Vorschrift des § 436 ähnlich. Doch bezieht sich das nur auf Transportkosten,

Digitized by Google

§ 407. nicht auf Vorschüsse, die der Spediteur dem Absender gegeben hat, es sei denn, daß der Empfänger vor der Empfangnahme wußte, daß das Gut mit diesen Spesen beschwert war (Burchard 200). Dem Absender gegenüber verliert übrigens in solchen Fällen der Spediteur zwar nicht ohne weiteres den Anspruch auf die Transportkosten, aber er wird ihm regreßpflichtig, wenn er die Ware unbefugterweise ohne Zahlung der Transportkosten ausliefert (vgl. § 409 Anm. 4; Burchard 195 ff.; Düringer-Hachenburg III 451; dagegen Richter, Recht 05, 674). Ebenso steht der Spediteur mit dem Adressaten des Empfängers in keinem Verpflichtungsverhältnis, solange nicht der Spediteur sich diesem zur Ausführung des Speditionsauftrags verpflichtet hat (RG. 43, 167). Vgl. aber auch § 408 Anm. 14.

Anm. 24. **Zusatz 1. Welches örtliche Recht ist zur Anwendung zu bringen?** Erfüllungsort für den Spediteur ist der Ort, an dem er den Frachtvertrag abschließt, d. h. der Ort, an dem er die Ware empfängt und absendet (RG. 38, 195; Goldmann § 407 Anm. 15), und zwar gilt dies auch für den Sammelladungsverkehr, oder wenn er zu festen Transportsätzen abschließt (JW. 01, 396[4]). Nach dem Rechte dieses Ortes, nicht nach dem Rechte des Bestimmungsortes, noch auch nach dem Rechte seiner Niederlassung (letzteres nehmen an: Düringer-Hachenburg § 383 Note IV 1; Makower § 407 III aa; OLG. Karlsruhe BadRpr. 06, 105) richtet sich seine Haftung (s. Exk. zu § 372 Anm. 13). Es macht auch keinen Unterschied, wenn der Spediteur das Gut an seine am Bestimmungsort befindliche Zweigniederlassung adressiert (RG. 14, 114; 38, 194). Lediglich die Art der Ablieferung beurteilt sich nach dem Rechte des Bestimmungsortes (s. § 413 Anm. 6). Anders liegt die Sache im Fall des Selbsteintritts (§ 412). Hier ist der Spediteur Frachtführer; dessen Erfüllungsort ist dort, wohin das Gut zu schaffen ist (Exk. zu § 372 Anm. 13). Erfüllungsort für den Versender ist dagegen dessen Wohnsitz zur Zeit des Abschlusses des Speditionsvertrags (OLG. Karlsruhe BadRpr. 06, 105).

Anm. 25. **Zusatz 2. Unerlaubte Geschäfte als Gegenstand des Speditionsvertrages.** Diese machen den Speditionsvertrag nichtig und erzeugen zwischen den Vertragschließenden nicht die Rechtswirkungen eines Speditionsvertrages. Das bezieht sich insbesondere auf Speditionsverträge, welche ausdrücklich oder dem Sinne nach auf Umgehung von Einfuhrverboten und Zollgesetzen, auch fremder Staaten, gerichtet sind. Solche Verträge verstoßen jedenfalls gegen die guten Sitten, zumal sie meist ohne strafbare Mitwirkung von Untertanen des zu schädigenden Staats nicht ausführbar sind (§ 138 BGB.; Burchard 137; RG. 42, 295; 56, 181). Der Spediteur hat, wenn er nach Weisung des Empfängers das Speditionsgut einem Dritten zum Zweck des Einschmuggelns ausfolgt, nicht die Pflicht, sich zuvor Gewißheit zu verschaffen, ob der Absender für den Kaufpreis gedeckt ist (RG. 56, 181). Dieser Umstand befreit daher den Spediteur von der Haftung, wenn der Schmuggler das Gut veruntreut.

Anm. 26. **Zusatz 3. Über die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über die Kommission auf das Speditionsverhältnis** siehe im einzelnen im Exkurse zu § 415 und über das Verhältnis des Spediteurs zu Käufer und Verkäufer Exk. zu § 382 Anm. 56 u. § 408 Anm. 20.

§ 408.

§ 408. Der Spediteur hat die Versendung, insbesondere die Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Versenders wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen.

Der Spediteur ist nicht berechtigt, dem Versender eine höhere als die mit dem Frachtführer oder dem Verfrachter bedungene Fracht zu berechnen.

Lit. wie zu § 407.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die hauptsächlichsten Verpflichtungen des Spediteurs bei Ausführung der Versendung** (Abs. 1). Dabei ist aber nur der wirkliche Speditionsvertrag gemeint, nicht z. B. der Fall, daß ein Spediteur unabhängig von einem Speditionsvertrage einen

Digitized by Google

selbständigen Verwahrungsvertrag schließt (OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1237; ROHG. 24, 306; RG. 11, 136; 60, 47; vgl. § 407 Anm. 7; § 410 Anm. 3). **§ 408.**

In einem zweiten Absatze wird dann ganz unvermittelt hinzugefügt, daß der Spediteur dem Versender nur die bedungene Fracht berechnen darf.

I. Die Verpflichtungen des Spediteurs bei Ausführung der Versendung. Anm. 1.

Er hat die Versendung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen, insbesondere die Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure; und hat dabei das Interesse des Versenders wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen. Die Vorschrift ist der des § 384 nachgeahmt.

A. Er hat mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Versendung auszuführen. Anm. 2.

1. **Die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns** hat er bei Ausführung der Versendung zu beachten. Dies gilt auch schon für die Ratserteilungen beim Abschluß des Speditionsvertrages (RG. 19, 97; vgl. § 384 Anm. 1). Nur für die Verletzung dieser Sorgfalt haftet der Spediteur, nicht für Zufall. Er hat dabei das Maß von Kenntnissen und Fähigkeiten anzuwenden, das erforderlich ist, um den Ansprüchen zu genügen, die an dem gewerblichen Mittelpunkte des Spediteurs und unter gleichartigen Verhältnissen gestellt zu werden pflegen. Zu den Kenntnissen, die als erforderlich gelten, werden insbesondere die der Verkehrswege und der Gesetze fremder Staaten gerechnet, welche die Ware auf dem Transportwege berührt. Eine Nichtkenntnis in dieser Hinsicht ist als Verletzung der erforderlichen Sorgfalt anzusehen, wenn die Kenntnis an dem gewerblichen Mittelpunkte des Spediteurs und unter gleichartigen Verhältnissen vorausgesetzt werden kann (Burchard 125 ff.; Bolze 8 Nr. 437; JW. 97, 388[15]).

Durch konkurrierendes Versehen des Versenders kann der Spediteur jedoch unter Umständen von der Verantwortlichkeit befreit werden (§ 254 BGB.). So muß der Auftraggeber sich z. B. auch über die Person des Lagerhalters, bei dem der Spediteur einlagert, unterrichten und nötigenfalls mit diesem in Beziehung treten (JW. 99, 234[21]). Anm. 3.

2. **Die Versendung ist auszuführen** mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Anm. 4.

a) **Hervorgehoben ist dabei die Verpflichtung des Spediteurs zur sorgfältigen Auswahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure.** Hier haftet er also für culpa in eligendo (JW. 97, 388[15]; 99, 308[21]). Er darf sich dabei nicht mit der Tatsache begnügen, daß der gewählte Frachtführer ein gewerbsmäßiger ist, er muß einen solchen wählen, gegen dessen Solidität keine Bedenken vorliegen (ROHG. 7, 307). Andererseits darf er den Transport auch einem nicht gewerblichen, aber zuverlässigen Frachtführer übertragen (ROHG. ebenda). Er kann sich auch nicht damit entschuldigen, daß er einem zuverlässigen Vermittler den Auftrag, Frachtführer zu wählen, erteilt hat; vielmehr haftet er für das Verschulden des Vermittlers; denn dieser ist sein Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB. (vgl. unten Anm. 6).

Zwischenspediteur ist die Person, an die das Gut zum Zwecke der Weiterversendung und Ablieferung adressiert ist (ROHG. 12, 382). Das Rechtsverhältnis zwischen Spediteur und Zwischenspediteur untersteht den Regeln des Speditionsgeschäfts; der von ihnen abgeschlossene Vertrag ist ein Speditionsvertrag. Zu unterscheiden vom Zwischenspediteur ist der Unterspediteur, dessen sich der Spediteur zur Ausführung des ihm erteilten Speditionsauftrages bedient. Der Unterspediteur ist nur Erfüllungsgehilfe. Für ihn haftet der Spediteur nach § 278 BGB. (RG. 10, 166; vgl. JW. 99, 308[21]). Die Annahme eines Zwischenspediteurs kann untersagt werden. In der bloßen Angabe der Adresse des Destinatärs liegt dieses Verbot nicht (ROHG. 12, 382). Dem Versender haftet der Zwischenspediteur aus einem Vertrage nicht (Bolze 7 Nr. 518; vgl. § 407 Anm. 16).

Der Spediteur haftet nicht für Fehler, die der gehörig gewählte Frachtführer oder Zwischenspediteur begeht (ROHG. 7, 306; 12, 379; 16, 349), also z. B. nicht für eine Verwechselung der Listen, die der Schiffer nach Verladung verschuldet hat (Bolze 4 Nr. 641), nicht Anm. 5.

Digitized by Google

§ 408. für die Wahl des Weges (JW. 97, 388[15]). Auch steht er nicht delcredere für diese Personen. Denn die von dem Spediteur gewählten Frachtführer und Zwischenspediteure sind nicht seine Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 BGB. Er hat ja nicht die Aufgabe, das Gut zu befördern, — dann wären diese Personen seine Erfüllungsgehilfen —, sondern die zum Zwecke der Beförderung erforderlichen Transportverträge abzuschließen und sonst alles Zweckdienliche zu tun, um die Ware auf den Weg zu bringen. Dagegen haftet der Zwischenspediteur dem Spediteur nach Maßgabe des § 408. Der Spediteur kann von dem Zwischenspediteur nicht nur Ersatz seines eigenen Schadens, sondern auch Ersatz des Schadens des Versenders in ganzer Höhe verlangen (JW. 06, 191[7]; RG. 58, 42). Unter Umständen gehört es zu seinen Pflichten, den vollen Schadensersatzanspruch im Interesse des Versenders selbst geltend zu machen, z. B. etwa in schleunigen Fällen einen Arrest deswegen auszubringen. Im übrigen ist er nach §§ 675, 667 BGB. verpflichtet, diesen Schadensersatzanspruch dem Versender abzutreten.

Anm. 6. Von der Haftung des Spediteurs für den Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteur ist verschieden die Frage nach der Haftung des Spediteurs *für seine Leute*, deren er sich innerhalb seines Gewerbebetriebes zur Vornahme aller der Handlungen bedient, die zur Ausführung des Speditionsvertrages erforderlich sind: seine Kontoristen, seine Packer, seine Fuhrleute, auch seine Vermittler (oben Anm. 4). Das sind seine Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB. (RG. 10, 166); ebenso wie Dritte, denen er diese Erfüllungshandlungen überträgt (Reichsanz. 82 Beil. Nr. 9 S. 8). Für diese haftet er, wie für eigenes Verschen, kann aber die Haftung für deren Verschen, und sei es auch Vorsatz, ausschließen (§ 347 Anm. 28).

Anm. 7. b) **Nicht hervorgehoben ist die Verpflichtung zur Sorgfalt bei Empfangnahme und Aufbewahrung des Gutes.** Diese Seite der Sache ist in dem vorliegenden Paragraphen fortgelassen, während der entsprechende Art. 380 des alten HGB. sie ebenfalls behandelt hatte. Sie ist hier dadurch überflüssig geworden, daß der § 407 Abs. 2 die Vorschriften über die Kommission für anwendbar erklärt und hierbei noch besonders die von den Pflichten bei Empfangnahme und Aufbewahrung des Gutes handelnden §§ 388—390 hervorhebt.

Hiernach hat der Spediteur, ebenso wie der Kommissionär

Anm. 8. α) nach § 388: dieselben Pflichten, wie der Kommissionär, bei Ankunft des Gutes in äußerlich erkennbarem mangelhaften Zustande oder bei drohendem Verderben des Gutes (OLG. Karlsruhe OLGR. 11, 408).

Anm. 9. β) nach § 389: das Recht des Notverkaufs, wenn der Versender die ihm obliegende Verfügung über das Gut unterläßt,

Anm. 10. γ) nach § 390: die Verantwortlichkeit für den Verlust oder die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes, dagegen von Gesetzes wegen keine Verpflichtung zur Versicherung des Gutes (über diese letztere siehe unten Anm. 12).

Es kommt noch hinzu, daß er bei Regelung der Ansprüche des Frachtführers im Hinblick auf § 436 die nötige Vorsicht gebrauchen muß (Burchard 204).

Anm. 11. c) **Der Spediteur hat endlich bei Ausführung der Versendung überhaupt** die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beobachten. Dazu gehört außer den zu a und b erwähnten Aufgaben folgendes:

Anm. 12. Der Spediteur hat unter Umständen für Verpackung zu sorgen. Hat er die Verpackung zu übernehmen, so muß er auch für die erforderliche Markierung zur Verhütung von Verwechselungen sorgen und im Frachtbriefe und Konnossement die Merkzeichen angeben (OLG. Hamburg OLGR. 3, 82; JW. 02, 29[24]); er hat die Begleitscheine auszufertigen und die Deklaration zu bewirken (vgl. Förtsch Art. 380 Anm. 1 und RG. 28, 141). Eine von dem Versender genommene Versicherung befreit den Spediteur von dieser Deklarationspflicht nicht notwendig, kann aber diese befreiende Wirkung dann haben, wenn er den Umständen nach annehmen durfte, daß die Deklaration nicht in der Absicht des Absenders lag (Bolze 14 Nr. 371; RG. 28, 140). Er muß ferner das Gut abnehmen und dem Transportführer

Digitized by Google

übergeben (obwohl darin eine Ortsveränderung liegt, ist der Spediteur doch nicht Frachtführer; vgl. § 407 Anm. 7); er hat in sachentsprechender Weise die Zeit und Art des Transports zu bestimmen (ROHG. 7, 305; 11, 88); insbesondere die kürzeste Route zu wählen (Bolze 8 Nr. 137); zu bestimmen, ob das Gut als Eil- oder gewöhnliches Frachtgut befördert werden soll (im Zweifel das letztere); er hat die Frachtsätze in sachentsprechender Weise zu vereinbaren (unter ganz besonderen Umständen kann es geboten sein, billige Frachtsätze auszubedingen und dafür geringere Haftung des Frachtführers in den Kauf zu nehmen); er hat dafür zu sorgen, daß das Konnossement gleichzeitig mit der Ware am Bestimmungsorte eintrifft (RG. 13, 63); daß der Lagerhalter ihm das richtige Gut ausliefert (JW. 99, 262[16]); daß das Gut nicht ohne Bezahlung ausgeantwortet wird, wenn er mit der Einziehung des Kaufpreises Zug um Zug beauftragt ist (RG. 13, 63; Burchard 405, 414, OLG. Hamburg ZHR. 40, 531; § 407 Anm. 23); er hat, wenn das Gut nicht angenommen wird und an ihn zurückgelangt, es wieder gehörig aufzubewahren (ROHG. bei Puchelt Art. 379 Anm. 12) und sich von der Brauchbarkeit des Lagerraums zu überzeugen (JW. 01, 655[15]). Nachwiegen muß er, wenn kein Handelsbrauch besteht (OLG. Hamburg HansGZ. 03 Hptbl. 258), nur, wenn die Umstände, z. B. Beschädigung u. dgl. auf die Möglichkeit eines Verlustes hinweisen (ROHG. 15, 384; OLGR. 10, 345). Er hat die Rechte des Absenders gegenüber dem abliefernden Frachtführer zu wahren und geltend zu machen (vgl. Anm. 10); er darf die Duplikate der Begleitscheine nicht einer unlegitimierten Person aushändigen, damit nicht ein Unlegitimierter das Gut in Empfang nimmt (ROHG. 16, 349). Dagegen braucht er nicht ohne Auftrag, der sich übrigens auch aus den Umständen ergeben kann (JW. 89, 290[25]), das Gut zu versichern (oben Anm. 10 u. Exk. zu § 415 Anm. 6). Ein stillschweigender Auftrag zur Versicherung liegt noch nicht darin, daß Spediteure im eigenen Interesse ihr Lager versichern (Gruch. 29, 1018). Hat er aber den Auftrag, zu versichern, übernommen, so hat er ihn sorgfältig auszuführen, und er genügt dieser Pflicht, wenn er mit einer Versicherungsgesellschaft, gegen die Bedenken nicht bekannt sind, zu den gewöhnlichen Bedingungen abschließt (RG. 6, 115). Selbstversicherung ist keine Versicherung; er muß bei einer Versicherungsgesellschaft versichern. Der Spediteur braucht seinen Auftraggeber nicht auf die Ratsamkeit der Versicherung aufmerksam zu machen (OLG. Hamburg HansGZ. 01, 304). Über die Versicherungspflicht vgl. noch § 390 Anm. 5ff. u. § 409 Anm. 11. **§ 408.**

B. **Der Spediteur hat bei Ausführung der Versendung das Interesse des Versenders wahrzunehmen.** Damit ist zum deutlichen Ausdruck gebracht, daß er die gleiche Vertrauensstellung einnimmt, wie der Kommissionär. Er muß sich also als Schützer der Interessen des Versenders betrachten (ROHG. 11, 256; 14, 400). Er darf deshalb schon beim Abschluß des Speditionsvertrages dessen Interessen nicht verletzen (vgl. oben Anm. 2 und, wenn Käufer oder Verkäufer Versender ist, unten Anm. 20 u. Exk. zu § 382). Er darf daher dem Empfänger das Konnossement auch nicht vorzeitig ausfolgen (OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 14). Anm. 13.

C. **Der Spediteur hat die Weisungen des Versenders zu befolgen.** Er hat Order zu parieren; also darf er keinen Unterspediteur einschalten, wenn dies verboten ist (ROHG. 12, 388). Er darf nicht willkürlich von der Order abweichen (Bolze 1 Nr. 965; OLG. Hamburg ZHR. 40, 480), sondern muß, wenn er eine Abweichung für notwendig hält, berichten und Abänderung der Weisungen einholen (vgl. §§ 407 Abs. 2, 385 Abs. 2). Auch den veränderten Weisungen des Versenders hat er Folge zu leisten, solange sich die Veränderung überhaupt noch im Rahmen des geschlossenen Speditionsvertrages hält und solange dies ferner mit Rücksicht auf den Empfänger noch statthaft ist (RG. in HansGZ. 04, 35). Besonders kann der Versender seine Anweisung, das Gut zur Verfügung des Empfängers zu halten, noch nachträglich ändern, und zwar bis zu dem Augenblicke, in dem dem Spediteur die Befolgung einer derartigen veränderten Anweisung nicht mehr möglich ist ohne Verletzung einer von ihm gegenüber dem Empfänger befugterweise übernommenen vertragsmäßigen Verpflichtung (Burchard 172); also z. B. dann nicht mehr, wenn der Empfänger über das Gut verfügt und der Spediteur sich vertragsmäßig verpflichtet hat, diese Disposition auszuführen (ROHG. 20, 195; vgl. RG. 14, Anm. 14.

Digitized by Google

§ 408. 152; 43, 167; JW. 85, 159[14]), oder wenn der Versender dem Empfänger den Anspruch auf Herausgabe abgetreten hat (hierüber § 366 Anm. 2).

Anm. 15. Eine Abweichung von den Weisungen des Versenders ist dem Spediteur nur unter der doppelten Voraussetzung gestattet, daß Gefahr im Verzuge ist und der Spediteur den Umständen nach annehmen darf, daß der Versender bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Dies folgt aus §§ 407 Abs. 2, 385 Abs. 2. Ist Gefahr nicht im Verzuge, so muß er dem Versender Anzeige machen, daß seines Erachtens eine Abweichung notwendig und zweckentsprechend ist, und muß die Entschließung des Versenders abwarten. Ordnet dieser trotz rechtzeitiger Anzeige die vorgeschlagene Abweichung nicht an, so muß sie unterbleiben. Sonst verletzt der Spediteur seine Pflicht und muß die Folgen tragen (RG. in HansGZ. 04 Hptbl. 35). Liefert der Spediteur entgegen der Weisung des Versenders das Gut aus, so ist die Unmöglichkeit der Herausgabe des Gutes auf ein vom Spediteur zu vertretendes Verschulden zurückzuführen (§ 275 BGB.) und hindert seine Verurteilung zur Auslieferung an den Absender nicht. Erst in der Vollstreckung zeigt es sich, ob der Versender zu einer Interesseklage schreiten muß (OLG. Hamburg HansGZ. 03 Hptbl. 283).

Anm. 16. II. **Welches sind die Folgen, wenn der Spediteur seine Pflichten bei Ausführung der Versendung verletzt?**

1. **Im allgemeinen.** Der frühere Art. 380 bestimmte die Folgen der Verletzung dieser Verpflichtung dahin, daß der Spediteur für allen Schaden hafte, der aus der Pflichtverletzung dem Versender entstand. Deshalb und weil nach Art. 387 die Bestimmungen über die Kommission auf die Spedition ergänzend Anwendung fanden, wurde es zweifelhaft, wie sich diese Schadensersatzpflicht zu der Vorschrift des früheren Art. 362 verhielt, nach welcher der Kommittent bei auftragswidriger Ausführung der Kommission sowohl den Kommissionär zum Schadensersatz anhalten, als auch das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen zurückweisen durfte. Dieser Zweifel ist jetzt beseitigt. Denn unser § 408 hat die Vorschrift, daß der Spediteur zum Schadensersatz verpflichtet ist, nicht wiederholt. Hierdurch und infolge des § 407 Abs. 2 ist für die Anwendung des § 385 Abs. 1 freie Bahn geschaffen, d. h. der Versender hat den Anspruch auf Schadensersatz und braucht das Geschäft für seine Rechnung nicht gelten zu lassen. Wenn der Versender den Abschluß des Frachtvertrages für seine Rechnung nicht gelten läßt, so verweigert er damit die Annahme der Dienstleistung als Erfüllung. Durch die Zurückweisung des Geschäfts wird daher der Speditionsvertrag nicht aufgehoben. Der Spediteur kann ihn noch erfüllen und der Versender kann die ordnungsmäßige Erfüllung verlangen. Ist das Gut infolge falscher Adressierung an einen unrichtigen Bestimmungsort gelangt, so hat der Spediteur das Gut von dort an den richtigen Bestimmungsort befördern zu lassen. Für die hierdurch eingetretene Verspätung der Ablieferung an den Empfänger ist der Spediteur schadensersatzpflichtig. Ersatz seiner Aufwendungen für das zurückgewiesene Geschäft kann der Spediteur nicht verlangen.

Da bei einer Zurückweisung des Geschäfts der Speditionsauftrag noch nicht erfüllt ist und die Dienstleistungen des Spediteurs noch nicht beendet sind, so kann der Versender den Speditionsauftrag nunmehr auch widerrufen, bis die ordnungsmäßige Erfüllung erfolgt ist (§ 407 Anm. 19). Das Recht des Widerrufs ist jedoch für den Versender von keinem erheblichen Wert, da ihm ein erfolgter Widerruf das Recht nimmt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung zu verlangen (anders 6./7. Auflage).

Wenn der Speditionsauftrag nur insofern mangelhaft ausgeführt ist, als zu hohe Kosten entstanden sind, z. B. wenn der Spediteur zu hohe Frachtsätze bewilligt oder eine zu teure Beförderungsart gewählt hat, so kann der Spediteur die Zurückweisung des Geschäfts dadurch vermeiden, daß er die Differenz auf sich nimmt. Die Zurückweisung ist nicht mehr möglich, wenn das Gut vom Empfänger angenommen ist. Der Versender kann dann nur Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung verlangen.

Digitized by Google

2. **Das einzelne** über die beiden Rechte auf Schadensersatz und Geschäftszurückweisung, über die Ausübung dieser Rechte, über deren Beseitigung durch Genehmigung des Geschäfts, siehe Anm. 6 ff. zu § 385. **§ 408.** Anm. 17.

Über die Verpflichtung zum Schadensersatz s. auch noch § 347 und Erl. dazu. Anm. 18.

Hervorzuheben sind hier nur noch folgende Einzelheiten aus der Praxis:

Bei der Ausfolgung des Gutes ohne die darauf ruhende Nachnahme besteht der Schaden in dem Betrage der Nachnahme, die der Versender zunächst verliert und sich erst mit Mühe, Kosten und Zeitverlust verschaffen müßte (RG. 13, 63). Zu dem Schaden gehören auch die vom Spediteur verschuldeten Liegegelder (Bolze 14 Nr. 372). Compensatio lucri et damni ist zulässig (ROHG. 22, 185; RG. 10, 50, § 347 Anm. 25).

Hat die zur Versendung gebrachte Ware durch Schuld des Spediteurs an Wert verloren, so wird in den meisten Fällen einfach der Fakturenwert verlangt werden können. Denn meist wird doch die Ware verkauft oder zum Verkauf bestimmt gewesen sein und wäre verkauft und bezahlt worden, wenn das Versehen des Spediteurs nicht geschehen wäre. Dann aber hat der Spediteur dem Versender den Betrag zu erstatten, den er erzielt hätte. Das gleiche gilt, wenn die Ware verkauft war und der Käufer infolge des vom Spediteur verschuldeten Ereignisses zurücktritt. Denn nach § 249 BGB. hat, wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (vgl. RG. 38, 17). Den Anspruch auf Zahlung des Fakturenpreises hat der versendende Verkäufer selbst dann, wenn der Käufer nach § 447 BGB. die Gefahr der Versendung trägt und daher die Zahlung des Kaufpreises zu Unrecht verweigert. Der Versender hat nur in diesem Falle dem Spediteur seine Ansprüche gegen den Käufer abzutreten (RG. in JW. 06, 191[7]; vgl. § 347 Anm. 18). Ein allgemeiner Rechtssatz dahin, daß der Spediteur das Gut zu übernehmen und den Fakturenpreis zu zahlen hat, läßt sich allerdings ebensowenig nach dem BGB. wie in dem früheren Recht (vgl. RG. 38, 18) aufstellen. Anm. 19.

Weiter ist zu bemerken, daß der versendende Verkäufer das Erfüllungsinteresse des Käufers gegen den Spediteur geltend machen kann (ROHG. 17, 78 u. Erl. zu § 382 Anm. 56), ebenso auch die Interessen des Spediteurs gegen den Unterspediteur (RG. 62, 335). Umgekehrt hat der Zollspediteur einen unmittelbaren Anspruch gegen den Käufer, wenn der versendende Verkäufer, als Beauftragter des Käufers, in dessen Namen das Frachtgut unrichtig deklariert hat (RG. 1, 9; 26, 109). Anm. 20.

III. **Die Frage der Beweislast.** Anm. 21.

Der Spediteur hat die Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt bei der Ausführung der Versendung zu beweisen. Dazu gehört, daß er darlegt, in welcher Weise er das Geschäft ausgeführt hat (D. 242). Der Richter mag dann urteilen, ob darin die Beachtung der schuldigen Sorgfalt liegt (ROHG. 19, 211). Liegt ein Unglücksfall, z. B. ein Brand vor, so hat er darzulegen, wie er sich hierbei benommen hat (ROHG. ebenda). Stellt sich hierbei heraus, daß ihn belastende Momente vorliegen, so ist er dadurch nicht befreit, daß nicht erhellt, daß diese belastenden Momente den Schaden verursacht haben, vielmehr muß er dann noch darlegen, daß sie die Ursache nicht waren, daß vielmehr trotz jener belastenden Momente der Schaden auf anderen Ursachen beruht (§ 282 BGB.; RG. 11, 133). Der Entschuldigungsbeweis des Spediteurs ist nur dann gelungen, wenn er außerhalb seines Verschuldens liegende Umstände der Schadensursache nachweist (vgl. § 429 Anm. 13).

IV. **Einzelne weitere Bemerkungen über die Verantwortlichkeit des Spediteurs bei Ausführung der Versendung.** Anm. 22.

1. **Wem der Spediteur für die Ausführung der Versendung verantwortlich ist,** ist nicht gesagt. Er ist dem verantwortlich, mit dem er den Speditionsvertrag geschlossen hat, also dem Versender.

Digitized by Google

§ 408. Anm. 23. 2. **Die Haftung besteht auch nach Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht durch den Empfänger.** § 438 ist nicht anwendbar (ROHG. 8, 195; 24, 289).

Anm. 24. 3. **Nach den Gesetzen welchen Ortes richtet sich die Haftpflicht des Spediteurs?** Nicht nach den Gesetzen des Bestimmungsortes, sondern nach den Gesetzen des Ortes, an dem der Spediteur die ihm zur Versendung überlieferte Ware empfängt (hierüber § 407 Anm. 24).

Anm. 25. 4. **Durch Vertrag kann die Haftpflicht des Spediteurs geändert werden.** Sie kann begrenzt werden. Doch liegt in der Wertangabe allein noch keine Begrenzung. Diese kann vielmehr zur Aufklärung bei Abschluß des Fracht- und des Versicherungsvertrages dienen (Hahn Art. 380 § 7). Es kann aber die Haftung auch auf einen bestimmten Versehensgrad beschränkt, auch ganz ausgeschlossen werden. Nur ist der Ausschluß der Haftung für eigenen Vorsatz nicht statthaft, wohl aber für den Vorsatz der Erfüllungsgehilfen (§§ 276, 278 BGB., oben § 347 Anm. 28).

Anm. 26. V. **Die Vorschrift des Abs. 2: Der Spediteur darf nur die bedungene Fracht berechnen.** Das ist eine fast selbstverständliche Vorschrift. Sie folgt aus dem Vertrauensverhältnisse des Spediteurs zum Versender. Das gleiche gilt übrigens nicht nur von den Frachtauslagen, sondern von allen Auslagen, z. B. von der Versicherungsprämie, den Zollvorlagen usw.

Eine Abänderung erleidet diese Vorschrift durch § 413 Abs. 2 (Sammelladungsverkehr).

Anm. 27. **Zusatz.** Die Vorschriften des § 384 Abs. 2 und 3 sind auf den Speditionsvertrag nicht anwendbar. Es haftet also der Spediteur nicht etwa für Erfüllung des Geschäfts, wenn er dem Versender nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Spedition den Dritten namhaft macht, mit dem er den Transportvertrag geschlossen hat. Der § 408 ersetzt den § 384 vollständig. Soweit Vorschriften des § 384 nicht in § 408 aufgenommen sind, gelten sie nicht für den Speditionsvertrag (Düringer-Hachenburg III 459; anders 6./7. Aufl.). Die Verpflichtung des Spediteurs zur Auskunftserteilung, Rechenschaftslegung und Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten ergibt sich aus §§ 675, 666, 667 BGB. Von der Versendung braucht daher nicht unverzüglich Anzeige erstattet zu werden, sondern nur so wie es die Sorgfalt eines ordentlichen Spediteurs erheischt.

§ 409.

§ 409. **Der Spediteur hat die Provision zu fordern, wenn das Gut dem Frachtführer oder dem Verfrachter zur Beförderung übergeben ist.**

Lit.: wie zu § 407.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt die Voraussetzungen des Provisionsanspruchs des Spediteurs.**

Eine derartige Vorschrift hatte früher gefehlt, doch hatte die Rechtsprechung das gleiche angenommen.

Außer den Voraussetzungen des Provisionsanspruchs sind aber noch andere, die Provision betreffende Fragen zu erledigen, und ferner andere Ansprüche des Spediteurs.

1. **Der Provisionsanspruch des Spediteurs.**

Anm. 1. a) **Die Provision ist in dem Augenblicke verdient,** in dem das Gut dem Frachtführer oder dem Verfrachter zur Beförderung übergeben ist. (Natürlich ist dabei vorausgesetzt, daß der Frachtvertrag bereits abgeschlossen ist.) Mit dem Abschlusse des Frachtvertrages und der Übergabe des Gutes an den Frachtführer ist die Versendung vollendet. Damit hat der Spediteur seine Provision verdient (ROHG. 8, 172; Burchard 366). Daß der Transport erledigt ist, ist hiernach nicht notwendig. Daher fällt der Provisionsanspruch auch dadurch nicht weg, daß das Gut während des Transports untergeht.

Anm. 2. Ist der Versender auch dann nicht zur Zahlung der Provision verpflichtet, wenn die Übergabe des Frachtgutes an den Frachtführer oder Verfrachter aus einem in der Person des Versenders liegenden Grunde unterblieben ist?

Digitized by Google

Die Voraussetzungen des Provisionsanspruchs sollten in § 409 kurz, aber erschöpfend geregelt § 409.
werden. Es ist daher weder § 396 Abs. 1 anwendbar, noch können die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag, insbesondere die Vorschriften des § 615 über die Zahlung der vereinbarten Vergütung beim Annahmeverzug und die Vorschriften des § 628 über die Zahlung eines Teiles der Vergütung bei der Kündigung ergänzend herangezogen werden. Es ist zu unterscheiden. Verweigert der Versender die Herausgabe des Gutes an den Spediteur vor Abschluß des Frachtvertrages, so liegt hierin ein Widerruf des Speditionsauftrages. Der Widerruf ist zulässig (§ 407 Anm. 19). Der Spediteur kann daher die Provision weder ganz, noch teilweise verlangen. Ist aber der Frachtvertrag bereits abgeschlossen, dann ist der Widerruf nicht mehr zulässig. Verweigert jetzt der Versender die Herausgabe des Gutes, ohne hierzu einen berechtigten Anlaß zu haben, dann muß er die Provision bezahlen. Denn es ist ein allgemeiner aus § 242 BGB. fließender, in §§ 162, 815 BGB. besonders anerkannter Grundsatz, daß der, der beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses zu einer Leistung verpflichtet ist, die Leistung zu bewirken hat, wenn er den Eintritt des Ereignisses wider Treu und Glauben verhindert (vgl. RG. 53, 257; a. M. Düringer-Hachenburg III, 464; Makower § 409 Anm. 1a[2]; Lehmann-Ring § 409 Nr. 2; auch 6./7. Auflage).

Anderes gilt im Falle des § 412. Hier übernimmt der Spediteur selbst die Rolle des Anm. 3.
Frachtführers. In diesem Falle ist die Provision verdient in dem Augenblick, in dem die Ausführung des Transports begonnen hat (Burchard 367; Düringer-Hachenburg III, 465). Da der Versender bis dahin widerrufen kann, so hat der Spediteur auch dann keine Provision zu beanspruchen, wenn der Versender nach der Eintrittserklärung die Übergabe des Gutes ohne berechtigten Grund verweigert (§ 407 Anm. 19).

b) **Verpflichtet zur Zahlung** der Provision ist der Versender. Zwar kann der Spediteur auch Anm. 4.
den Auftrag erhalten, die Provision und die Auslagen vom Empfänger durch Nachnahme zu erheben, und in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung ist das nach Handelsgebrauch als Vertragswille anzunehmen (vgl. § 407 Anm. 23; ROHG. 19, 217: „übernimmt er auch observanzmäßig"; Puchelt Art. 381 Anm. 1; Düringer-Hachenburg III, 465; Makower § 407 V). Allein hieraus folgt nur, daß er den Versuch machen muß, gegen Ablieferung des Gutes Bezahlung zu erlangen, und daß er ohne Erlaubnis des Versenders das Gut ohne Zahlung nicht ausfolgen darf, widrigenfalls er schadensersatzpflichtig wird (ROHG. 19, 217), nicht aber folgt daraus, daß er verpflichtet ist, zunächst gegen den Empfänger zu klagen; als Zahlungsverpflichteter steht ihm vielmehr der Versender gegenüber, dessen Verpflichtung keine subsidiäre ist (ROHG. 19, 217; Hahn Art. 381 § 2; JW. 97, 150[22]; vgl. RG. 43, 167).

c) **Über die Höhe des Provisionsanspruchs** ist nichts gesagt. Hierfür gilt § 354. Ist der Anm. 5.
Spediteur auch als Kommissionär tätig geworden, so hat er sich auch die Kommissionärprovision verdient (JW. 01, 10[14]). Die Bestimmung der Provision mit dem Zusatze „zirka" gestattet dem Spediteur ein geringes Hinausgehen über die genannte Ziffer (ROHG. 13, 75). Ein Widerspruch gegen die Höhe der Provision geht nicht durch Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht durch den Empfänger verloren, da der § 438 nicht zugunsten des Spediteurs wirkt (vgl. § 408 Anm. 23). Für und gegen Spediteure, insbesondere Verkehrsanstalten, welche ihre Tarife verbreiten, ist der in diesen Tarifen aufgestellte Preis maßgebend (vgl. ROHG. 12, 214; § 346 Anm. 15 und wegen des Kontrahierungszwangs Ext. zu § 346 Anm. 27).

d) Die **Verjährung** des Provisionsanspruchs tritt in zwei Jahren ein, und wenn die Spedition Anm. 6.
für den Gewerbebetrieb des Versenders erfolgt ist, in vier Jahren (§ 196 Nr. 1 u. Abs. 2 BGB.). Näheres über die Verjährung zu §§ 159, 160, 377 HGB.

2. **Die Auslagen.** Daß der Spediteur auch seine Auslagen berechnen kann, sagt unser Paragraph Anm. 7
nicht. Aber es folgt dies aus §§ 407 Abs. 2, 396 Abs. 2, 408 Abs. 2 HGB.; §§ 669, 670, 675 BGB. Es gilt hier dasselbe, wie zu § 396 Anm. 11 ff.

Digitized by Google

§ 409. Hinzuzufügen ist folgendes:

Anm. 8. a) Was zunächst die Frage betrifft, welche Auslagen der Spediteur ersetzt verlangen kann, so gilt auch hier § 670 BGB., nach dem der Geschäftsbesorger die Aufwendungen ersetzt verlangen kann, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Insbesondere ist zu beachten, daß die Vergütung für Auslagen und auch für Benutzung der Transportmittel neben der Provision auch dann gefordert werden kann, wenn der Auftrag widerrufen wird (vgl. § 396 Anm. 13). Unter den erforderlichen Auslagen können solche nicht verstanden werden, die den Versender ohne Not belasten, so z. B. wenn der Spediteur die vom Verkäufer auf die Ware gelegte Nachnahme ohne Einwilligung des Käufers, seines Komittenten, bezahlt. Der Umstand, daß er die Ware sonst nicht erhalten hätte, macht die Auslage nicht zu einer nützlichen; doch wird durch Schweigen und Abnahme des Gutes die Zahlung genehmigt (ROHG. 20, 187; RG. 26. 6. 82 bei Puchelt Art. 381 Anm. 5). Der von der Steuerbehörde verlangte Zoll gilt immer als erforderliche Auslage; eine Prüfung der Richtigkeit braucht der Spediteur der Behörde gegenüber nicht vorzunehmen (ROHG. 2, 315; vgl. RG. 29, 48). Das gleiche gilt von einer durch den Versender verschuldeten Zollstrafe (RG. 26, 109; OG. Wien v. 29. 5. 88 bei Geller Anm. 4a). Dagegen berechtigt nicht die Zahlung jeder auf dem Gute ruhenden Nachnahme zur Ersatzforderung von dem Versender. Wohl hat der Spediteur hierfür zufolge § 410 ein Pfandrecht, aber für das innere Verhältnis zwischen ihm und dem Versender kommt es, wenn auch nicht auf die objektive Berechtigung, wohl aber darauf an, ob er nach Lage der Sache die Nachnahme als begründet halten durfte (ROHG. 20, 187; Förtsch Art. 381 Anm. 5; Burchard 359; § 670 BGB.).

Anm. 9. b) Von wem kann der Spediteur die Auslagen ersetzt verlangen? Vom Versender. Doch hat er zunächst den Versuch zu machen, sie vom Empfänger einzuziehen (s. hierüber oben Anm. 4).

Anm. 10. c) Für die Verjährung gilt das gleiche, wie für die Verjährung des Provisionsanspruchs (siehe darüber oben Anm. 6).

Anm. 11. d) Verschieden von der Frage, ob der Spediteur die gemachten Aufwendungen ersetzt verlangen kann, ist die Frage, ob und inwieweit er verpflichtet ist, Aufwendungen zu machen, mit anderen Worten: **ob er verpflichtet ist, für den Versender in Vorschuß zu gehen?** Hier muß mit Burchard 358 angenommen werden, daß der Spediteur, der den Speditionsvertrag geschlossen hat, verpflichtet ist, ohne weitere Deckung, als die ihm durch den Besitz der Ware gebotene, die zwecks Ausführung des Speditionsvertrages erforderlichen, ihn verpflichtenden Verträge zu schließen; jedoch ist er nicht verpflichtet, die bei Ausführung des Speditionsvertrages erforderlichen Zahlungen aus eigenen Mitteln zu leisten (§ 669 BGB.; a. M. Koch in BuschA. 2, 460). Über den Abschluß von Versicherungsverträgen s. § 408 Anm. 12. Schließt der Spediteur zu ungünstigeren Bedingungen ab, als er durfte, so kann der Auftraggeber die Leistung als eine vertragswidrige zurückweisen. Ist alsdann eine andere vertragsmäßige Erfüllung nicht mehr möglich, so hat der Auftraggeber das Rücktrittsrecht nach § 325 BGB. Kann die Leistung aber noch ausgeführt werden, so finden die Grundsätze über den Leistungsverzug (§ 326 BGB. Anwendung (vgl. RG. 56, 392). Von den gehörig übernommenen Verpflichtungen muß ihn der Auftraggeber befreien. Führt diese Befreiung nicht zum Ziel, so kann der Spediteur unmittelbar Zahlung und selbst Vorschuß in geeigneten Fällen verlangen (§ 669 BGB.).

Anm. 12. 3. **Die Ansprüche des Spediteurs sind damit nicht erschöpft.** Vgl. z. B. den Zinsanspruch aus § 354, das Pfandrecht aus § 410.

§ 410.

Der Spediteur hat wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen sowie wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute, sofern er es noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Lit.: wie zu § 407.

Digitized by Google

Der vorliegende Paragraph behandelt das gesetzliche Pfandrecht des Spediteurs. Dies entspricht dem des Kommissionärs, trägt jedoch Besonderheiten an sich. Die Erläuterung erfolgt am besten im Anschluß an § 397. § 410. Einleitung.

1. **Die Voraussetzung des Pfandrechts** ist ein Anspruch auf Fracht, Provision, Erstattung von Auslagen, Verwendungen und Vorschüssen an den Versender. Den Anspruch wegen der Fracht hat er schon dann, wenn er das Gut von einem Frachtführer für den Versender in Empfang nimmt und dadurch dem Frachtführer nach § 436 die Fracht schuldig wird. Anm. 1.

Wegen der Provision, der Auslagen und Verwendungen siehe zu § 409. Die Vorschüsse müssen geleistet, nicht nur versprochen sein (ROHG. 15, 200). Auch müssen sie berechtigterweise geleistet sein, also entweder dem Versender oder infolge seiner Ermächtigung einem Dritten, etwa dem Empfänger. Überall kommt es auf die objektive Berechtigung des Vorschusses dann nicht an, wenn der Spediteur ihn redlicherweise für berechtigt halten durfte (RG. 29, 48; vgl. auch § 670 BGB.). Die Vorschußzahlung braucht nicht in Barzahlung zu bestehen, auch Akzeptleistung und vereinbarte Aufrechnung ist Vorschußzahlung. Anm. 2.

Alle hier genannten Ansprüche müssen sich auf das Gut beziehen, wenn dies auch nur bei den Vorschüssen hervorgehoben worden ist (Burchard 371; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 270). Der Spediteur hat daher kein Pfandrecht wegen Forderungen aus laufender Rechnung, Konnexität ist hier erfordert (JW. 89, 23[22]; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 270); möglicherweise hat er wegen solcher Ansprüche das Zurückbehaltungsrecht (s. unten Anm. 13). Anm. 3.

Vorausgesetzt ist selbstverständlich ein wirklicher Speditionsvertragsanspruch, nicht z. B. ein Anspruch aus einem selbständigen Verwahrungsvertrage (vgl. § 407 Anm. 7 u. § 408 Einl.). War der Spediteur zugleich Lagerhalter, wenn auch nur im Nebengewerbe, so hat er für die Ansprüche aus dem Lagerungsvertrag das Pfandrecht des § 421 (vgl. RG. 60, 47). Anm. 4.

Auf das Pfandrecht kann natürlich verzichtet werden, ein Verzicht liegt in der Übernahme der Verpflichtung zur kostenfreien Ablieferung an den Empfänger (Burchard 375). Anm. 5.

2. **Gegenstand des Pfandrechts** ist Anm. 6.

a) Das Gut. Nur so ist es hier bezeichnet; entsprechend dem Kommissionsgut kann man es Speditionsgut nennen, und entsprechend dem Begriff des Kommissionsguts ist es das Gut, das der Spediteur als Gegenstand der Versendung erhalten hat, also z. B. nicht Pferd und Wagen, in dem das Gut zu ihm befördert wurde. Hierüber und über das Speditionsgut überhaupt vgl. § 397 Anm. 3. Widerruf des Speditionsauftrages beseitigt auch hier nicht die Eigenschaft als Speditionsgut und demzufolge das Pfandrecht an ihm wegen der bereits erworbenen Ansprüche.

b) Sofern der Spediteur das Gut in seinem Besitze hat oder darüber zu verfügen in der Lage ist. Hierüber vgl. § 397 Anm. 4. Will der Spediteur im Fall der Weiterverfrachtung des Gutes mittels Ladescheins sich sein Pfandrecht für Auslagen wahren, so muß er für Aufnahme eines entsprechenden Nachnahmevermerks im Ladeschein sorgen, sonst verliert er seine Rechte gegenüber dem gutgläubigen Ladungsempfänger (§§ 445, 446, 447 HGB. u. RG. 44, 116). Die Fortdauer des Pfandrechts auch nach der Ablieferung (§ 440 Abs. 3) gilt nicht für den Spediteur. Anm. 7.

c) Das Speditionsgut darf nicht im Eigentum des Spediteurs, braucht aber zufolge § 366ff. nicht gerade im Eigentum des Versenders zu stehen; vielmehr ersetzt die Redlichkeit des Erwerbes das mangelnde Eigentum oder die mangelnde Verfügungsberechtigung des Versenders (vgl. § 397 Anm. 6; oben Anm. 2). Die Redlichkeit liegt hier darin, daß der Spediteur keine Umstände kannte oder hätte kennen müssen, aus denen sich die Nichtberechtigung des Versenders zur Erteilung des Speditionsauftrages und zur Entnahme von Vorschüssen ergab (RG. 29, 47; Laband in ZHR. 9, 465). Daß etwa im einzelnen Falle durch die Aushändigung an den Spediteur oder Frachtführer das Eigentum Anm. 8.

Digitized by Google

§ 410. auf den Adressaten übergeht, steht dem Pfandrecht nicht entgegen (RG. 29, 47; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 64). Der Versender braucht nicht Kaufmann zu sein, damit die Vorschriften über den redlichen Erwerb des Spediteur-Pfandrechts Platz greifen (vgl. § 366 Anm. 62).

Anm. 9. 3. **Der Inhalt des Pfandrechts** ist der gleiche, wie der Inhalt des Kommissionärpfandrechts: es ist ein Pfandrecht, kein Zurückbehaltungsrecht. Näheres über die Wirkungen des Pfandrechts gegenüber dem Schuldner siehe § 368 Anm. 32ff. u. 92ff. Das Pfandrecht wird durch Hinterlegung der Pfandsumme oder Sicherstellung nicht beseitigt (RG. 1, 305).

Anm. 10. 4. **Verhältnis zu den andern Gläubigern.** Das Pfandrecht besteht auch im Konkurse, auch in der Vollstreckungsinstanz und auch gegenüber früheren Pfändungspfandrechten (LLG. Braunschweig, OLGR. 10, 345; vgl. RG. 29, 47). Über alles dieses § 397 Anm. 7.

Anm. 11. 5. **Über den Pfandverkauf** gilt dasselbe wie in § 397. Vgl. daher § 397 Anm. 8. Jedoch gilt folgende Abweichung: die Abkürzung der bürgerlich-rechtlichen Verkaufswartefrist von einem Monate auf eine Woche gilt bei der Kommission, wenn der Kommittent Kaufmann ist, bei der Spedition auch dann, wenn letzteres nicht der Fall ist (§ 368 Abs. 2 HGB.).

Anm. 12. 6. **Das Pfandrecht richtet sich gegen den Versender, gegen den auch die Forderung besteht.** Ob der Spediteur zum Empfänger in Rechtsbeziehung steht, ist für die Verwirklichung des Pfandrechts gleichgültig. Er braucht zwar dem Empfänger das Gut infolge seines Pfandrechts nur gegen Zahlung der darauf ruhenden Spesen herauszugeben, wenn dieser aber die Zahlung ablehnt, so kann er sich sofort an seinen Vormann halten (ROHG. 20, 190; vgl. § 409 Anm. 4). Er ist auch nicht verpflichtet, das Pfand zu verkaufen und wegen des Überschusses auf die Vormänner zurückzugehen. So ROHG. 19, 217 gegen die unrichtige Auffassung des Obertribunals (in StrA. 78, 240). Hat der Spediteur nur einen Teil des Gutes wegen seines Pfandrechts zurückbehalten, so kann er diese Zurückbehaltung trotz der beschränkten Wirkung des Pfandrechts (oben Anm. 3) doch für seine ganze Forderung, nicht nur für die den Teil betreffende Forderung ausüben (JW. 89, 23[22]). Forderung und Pfandrecht des Spediteurs gehen durch Befriedigung seitens eines Nachmannes auf diesen Spediteur oder Frachtführer über (§ 441 Abs. 3). Ist das Pfandrecht aber in der Person eines der aufeinanderfolgenden Frachtführer oder Spediteure erloschen (ein Beispiel oben Anm. 7), so lebt es nicht dadurch wieder auf, daß der Spediteur, dessen Pfandrecht erloschen war, das Gut durch einen Dritten, der das Gut pfandfrei erworben hatte, wieder in die Hände bekommt (RG. 44, 116).

Anm. 13. **Zusatz. Weitere Sicherungsrechte des Spediteurs.**

1. **Dem Spediteur steht auch noch das Zurückbehaltungsrecht zu,** wenn dessen Voraussetzungen gemäß § 369 vorliegen. Insbesondere ist zu erwähnen, daß dieses Zurückbehaltungsrecht, nicht aber das gesetzliche Pfandrecht, dem Verfolgungsrecht weicht (über dieses Zusammentreffen s. ROHG. 6, 302; 12, 394; 20, 197; 24, 351; RG. 8, 83). Näheres über das Verfolgungsrecht im Exk. zu § 382 Anm. 98ff.

Zu erwähnen ist dabei folgendes:

Anm. 14. Der Spediteur darf die Auslieferung an den Adressaten nicht wegen Forderungen an den Versender ablehnen; das würde dem § 369 Abs. 3 widersprechen (§ 369 Anm. 46; JW. 96, 702[41]). Widerruft der Versender den Speditionsvertrag, so kann der Spediteur nunmehr zurückbehalten, natürlich nur wegen Forderungen an den Versender; wegen Forderungen an den Empfänger kann er ja nur ein Zurückbehaltungsrecht gegen diesen erlangen. Hat er aber ein solches Recht erlangt, was dann der Fall ist, wenn der Empfänger Eigentümer geworden ist, so kann er dieses Zurückbehaltungsrecht auch dem Versender gegenüber, wenn dieser nicht als unbezahlter Verkäufer das Verfolgungsrecht hat (oben Anm. 13), geltend machen (ROHG. 10, 74). Dieser Grundsatz erklärt sich jedoch nicht durch die (abzulehnende, RG. 51, 86; § 369 Anm. 33) Dinglichkeit des Zurückbehaltungsrechts, sondern daraus, daß die aus dem Auftrag abzuleitende Rückforderungsklage des Versenders nicht mehr durchdringt, wenn gerade infolge dieses Auftrags der beauftragte Spediteur Verwendungen auf

Digitized by Google

die Sache gemacht hat und deshalb zurückbehält (§ 670 BGB.; Burchardt 456; Bolze 1 Nr. 968 steht nicht entgegen). § 410.

2. **Das Verfolgungsrecht des § 44 KO. hat der Spediteur nicht.** Dies hat auch nach früherem Recht ROHG. 20, 192 angenommen (vgl. Exk. zu § 382 Anm. 112). Im jetzigen Recht heißt es zwar nicht mehr, wie früher im Art. 387, daß die Vorschriften „des vorigen Titels" auf die Speditionsverträge Anwendung finden, sondern „die für den Kommissionär geltenden Vorschriften", und das Verfolgungsrecht gilt für den Kommissionär. Gleichwohl ist dies eine Ausnahmevorschrift, welche nicht für den Kommissionär überhaupt, sondern nur für den Einkaufskommissionär gilt und sich zur Übertragung auf die Spedition nicht eignet. Anm. 15.

§ 411.

§ 411. Bedient sich der Spediteur eines Zwischenspediteurs, so hat dieser zugleich die seinem Vormanne zustehenden Rechte, insbesondere dessen Pfandrecht, auszuüben.

Soweit der Vormann wegen seiner Forderung von dem Nachmanne befriedigt wird, geht die Forderung und das Pfandrecht des Vormanns auf den Nachmann über. Dasselbe gilt von der Forderung und dem Pfandrechte des Frachtführers, soweit der Zwischenspediteur ihn befriedigt.

Lit.: wie zu § 407.

Die Rechte und Pflichten des Zwischenspediteurs. Über den Begriff des Zwischenspediteurs siehe § 408 Anm. 4.

1. (Abs. 1.) **Im Fall der Nichtbefriedigung des Spediteurs durch den Zwischenspediteur** kann der letztere nicht nur sein Pfandrecht ausüben, sondern er hat zugleich das Recht und die Pflicht, die Rechte des Vormannes, besonders dessen Pfandrecht auszuüben. Liefert der Zwischenspediteur das Gut aus, ohne für die Befriedigung der Ansprüche des Vormannes gesorgt zu haben, so macht er sich nach § 408 schadensersatzpflichtig. Anm. 1.

2. (Abs. 2.) **Fall der Befriedigung des Spediteurs durch den Zwischenspediteur.** Soweit der Zwischenspediteur den Spediteur wegen seiner Forderung an den Versender befriedigt, geht die Forderung des Spediteurs und dessen Pfandrecht auf den Zwischenspediteur kraft Gesetzes über. Als Befriedigung gilt auch die Verrechnung im Kontokurrent (ROHG. 24, 289) oder die erfolgte Aufrechnung. Auf diesen Übergang der Forderung kraft Gesetzes finden nach § 412 BGB. die Vorschriften des §§ 399—404, 406—410 BGB. entsprechende Anwendung. Hat der Zwischenspediteur die auf dem Gute ruhende Nachnahme bezahlt, obgleich eine Forderung des Spediteurs gegen den Versender nicht oder nicht mehr bestand, so ist ein Übergang der Forderung und des Pfandrechts mangels Vorhandenseins einer Forderung nicht möglich. Dagegen hat der Zwischenspediteur wegen der zu Unrecht erhobenen Nachnahme ein Rückforderungsrecht gegen den Spediteur und für dieses ein eigenes Pfandrecht gemäß § 410, da im Verhältnis zwischen Spediteur und Zwischenspediteur die vom letzteren gezahlte Nachnahme als ein dem Spediteur gegebener Vorschuß anzusehen ist (vgl. ROHG. 20, 190; 24, 288, wo nur die Konstruktion eine andere ist, und Makower § 411 III b; a. M. Düringer-Hachenburg III 472). Dasselbe gilt, wenn der Spediteur das Gut mit zu hoher Nachnahme belastet hatte. Der letzte Spediteur ist also der gesetzliche Vertreter aller seiner Vormänner (vgl. auch § 441 Abs. 3). Anm. 2.

Durch den Übergang der Forderung und des Pfandrechts des Spediteurs auf den Zwischenspediteur werden dessen Rechte aus dem von ihm mit dem Spediteur abgeschlossenen Speditionsvertrag (§ 408 Anm. 4) nicht berührt. Der vom Zwischenspediteur befriedigte Spediteur haftet dem Zwischenspediteur dafür, daß er bei ordnungsmäßiger Erledigung des Speditionsauftrages seine Auslagen wiedererhält. Der Zwischenspediteur darf zwar das Gut dem Empfänger nicht ausliefern, ohne von diesem Zahlung zu erhalten, er ist aber nicht Anm. 3.

Digitized by Google

§ 411. verpflichtet, seine Befriedigung aus dem Pfande zu suchen oder die auf ihn übergegangene Forderung gegen den Versender geltend zu machen, sondern er kann sich zunächst an den Spediteur halten; denn dieses Verhältnis ist ein Auftragsverhältnis. Im Einzelfalle kann das Verhältnis allerdings auch ein anderes sein; z. B. ein Gesellschaftsverhältnis, wenn der Spediteur mit einem anderen Spediteur sich dahin einigt, daß sie gemeinsam die Beförderung gewisser Güter in Sammelladungen besorgen, der Spediteur das Abrollen, sein Zwischenspediteur aber die Weiterbeförderung übernehme (RG. in DJZ. 05, 361).

§ 412.

§ 412. Der Spediteur ist, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, befugt, die Beförderung des Gutes selbst auszuführen.

Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, so hat er zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers oder Verfrachters; er kann die Provision, die bei Speditionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten sowie die gewöhnliche Fracht verlangen.

Lit.: wie zu § 407.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Befugnis des Selbsteintritts des Spediteurs als Frachtführer (Abs. 1) und die Rechtsfolgen eines solchen Eintritts (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Das Recht zum Selbsteintritt** hat der Spediteur nach dem Wortlaut des Paragraphen anscheinend stets, also nicht nur dann, wenn sich ein üblicher Frachtsatz herausgebildet hat (so Hahn Art. 385 § 1). Es ist aber Cosack 447 beizutreten, wenn er aus der Bestimmung des zweiten Absatzes, nach dem der Spediteur im Falle des Selbsteintritts die „gewöhnliche Fracht" zu berechnen hat, folgert, daß der Selbsteintritt nur dann statthaft ist, wenn sich allgemein übliche Frachtsätze herausgebildet haben (zust. Förtsch Art. 385 Anm. 1; Dernburg II § 347 I; a. M. Düringer-Hachenburg III 473; Makower § 412 Ia; Goldmann § 412 Anm. 4; Lehmann-Ring § 412 Nr. 1). Das Recht des Selbsteintritts besteht aber dann nicht, wenn eine Einigung über bestimmte Sätze der Transportkosten erfolgt ist. Denn dann hat der Spediteur nach § 413 Abs. 1 von Gesetzes wegen lediglich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers.

Anm. 2. Der Selbsteintritt erfolgt durch die Erklärung, eintreten zu wollen, ebenso wie bei § 400, zu welchem der vorliegende Paragraph ein Gegenstück bildet. Mit Unrecht meint Burchard 348, daß der Spediteur bis zur Ausführung des Transports an seine Eintrittserklärung nicht gebunden sei. Es ist nicht wie in § 405 gesagt, daß der Eintritt ausdrücklich zu erklären ist. Der Selbsteintritt kann daher auch stillschweigend durch tatsächliche eigene Ausführung des Transports seitens des Spediteurs erfolgen (vgl. JW. 01, 618[7]). Hat der Spediteur den Selbsteintritt erklärt, so ist es gleichgültig, ob der Spediteur die Beförderung tatsächlich selbst ausführt, oder durch einen Dritten ausführen läßt. Auch im letzteren Falle trägt der Spediteur die Verantwortlichkeit für die Ausführung des Transports; im Verhältnis zum Versender ist der Dritte lediglich Gehilfe oder Unterfrachtführer des Spediteurs (Cosack 447).

Anm. 3. Wann die Eintrittserklärung abzugeben ist, ist nicht gesagt. Eine Frist, bis zu welcher der Selbsteintritt zu erklären ist, besteht also nicht (Cosack 447). Die besondere Bestimmung des § 405 Abs. 3 ist hier nicht wiederholt. Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze. Auch die dem Versender bereits zugegangene Eintrittserklärung schließt den Widerruf des Versenders nicht aus, da mit der bloßen Eintrittserklärung die Dienstleistungen des Spediteurs aus dem Speditionsvertrag noch nicht beendet sind (vgl. Anm. 4). Erst mit dem Beginn der Beförderung durch den Spediteur endet das Recht des Widerrufs. Durch den Widerruf erlöschen zugleich die von dem Spediteur durch den Selbsteintritt übernommenen Verpflichtungen eines Frachtführers oder Verfrachters (vgl. § 425 Anm. 1). Jedoch behält er seinen Anspruch auf die gewöhnliche Fracht nach Maßgabe des § 649 BGB.; dagegen

Digitized by Google

verliert er den Anspruch auf die Provision und die bei Speditionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten. Er kann nur die ihm tatsächlich erwachsenen Auslagen ersetzt verlangen (anders 6./7. Aufl.). § 412.

2. (Abs. 2.) **Die Rechtsfolgen des Selbsteintritts.** Anm. 4.

a) Die erste Rechtsfolge ist, daß der Spediteur zugleich die Rechte und Pflichten eines Spediteurs und die eines Frachtführers hat (und zwar eines Flußfrachtführers oder Landfrachtführers oder eines Seeverfrachters, je nachdem die eine oder die andere Tätigkeit in Frage kommt). Das bedeutet, daß er in bezug auf den Transport die Rechtsstellung eines Frachtführers (oder Verfrachters), insbesondere mit dessen Haftung, aber auch mit dessen Befreiungen auf Grund des § 438 Abs. 1, und mit dessen Pfandrecht auf Grund des § 440, im übrigen aber, also in bezug auf die Versendungstätigkeit (einstweilige Aufbewahrung, Ausstellung des Frachtbriefs, Zuführung zur Eisenbahn usw.), die Rechtsstellung des Spediteurs hat. Wo die Grenzlinie zweifelhaft ist, ob es sich um eine Spediteur- oder um eine Frachtführertätigkeit handelt, entscheidet die Eigenschaft, die dem Versender günstiger ist. Denn dafür erhält ja der Spediteur außer der Fracht noch seine Provision, damit er außer dem Transport auch noch die besonderen Pflichten als Spediteur erfüllt (Cosack 448). Dem Versender haftet lediglich der Spediteur für die Erfüllung des Speditions- und Frachtvertrags, nicht ein von diesem beauftragter Spediteur (KG. in KGBl. 12, 43). Wegen des Erfüllungsortes § 407 Anm. 24.

b) Er kann die gewöhnliche Fracht, die Provision und die sonst regelmäßig vorkommenden Kosten berechnen. Anm.

α) Die gewöhnliche Fracht. Diese kann er also berechnen, auch wenn er Gelegenheit gehabt hat, seinerseits günstiger abzuschließen. Darin unterscheidet sich der Selbsteintritt des vorliegenden Paragraphen von dem Selbsteintritt nach §§ 400 ff., nach dem beim selbsteintretenden Kommissionär nur die Rechenschaftspflicht auf den Nachweis des eingehaltenen Marktpreises beschränkt ist. Hier hat er das unbedingte Recht, den gewöhnlichen Satz in Ansatz zu bringen (zust. Förtsch Art. 385 Anm. 1; Makower § 412 Ia). Daß er nicht höhere Sätze berechnen kann, entspricht dem § 400. Anm. 6.

β) Die Provision und die sonstigen regelmäßigen Kosten, letztere auch dann, wenn sie tatsächlich nicht erwachsen sind (vgl. § 403). Anm. 7.

Zusatz 1. Ein Zwang zum Selbsteintritt, wie im § 384 Abs. 3, besteht hier nicht. Die unterlassene Namhaftmachung des Frachtführers hat hier nicht diese Folgen (vgl. § 408 Anm. 28). Anm. 8.

Zusatz 2. Denkbar ist auch ein teilweiser Selbsteintritt, indem der Spediteur nur die Beförderungsmittel stellt, im übrigen aber ein Frachtführer den Transport für Rechnung des Versenders übernimmt. Diesen Fall hatte Art. 383 des alten HGB. besonders behandelt. Danach hatte der Spediteur in diesem Falle die gewöhnliche Fracht nebst Provision und Kosten berechnen dürfen (JW. 01, 10[14]). Das neue HGB. hat diesen Artikel gestrichen. Das Ergebnis ist, daß der Spediteur in diesem Falle nur die mit dem Frachtführer tatsächlich vereinbarte Fracht zuzüglich einer Miete für die Beförderungsmittel (und außerdem Provision und Kosten) berechnen kann. Dies folgt aus §§ 408 Abs. 2, 407 Abs. 2, 396 Abs. 2 (Cosack 448). Anm. 9.

§ 413.

Hat sich der Spediteur mit dem Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten geeinigt, so hat er ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers. Er kann in einem solchen Falle Provision nur verlangen, wenn es besonders vereinbart ist. § 413.

Bewirkt der Spediteur die Versendung des Gutes zusammen mit den Gütern anderer Versender auf Grund eines für seine Rechnung über eine

Digitized by Google

§ 413. Sammelladung geschlossenen Frachtvertrags, so finden die Vorschriften des Abs. 1 Anwendung, auch wenn eine Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten nicht stattgefunden hat. Der Spediteur kann in diesem Falle eine den Umständen nach angemessene Fracht, höchstens aber die für die Beförderung des einzelnen Gutes gewöhnliche Fracht verlangen.

Lit.: wie zu § 407.

Der vorliegende Paragraph behandelt in seinen zwei Absätzen zwei besondere Fälle, die aber miteinander nichts gemein haben: **die Spedition mit festen Spesen und die Sammelladungsspedition.**

Anm. 1. I. (Abs. 1.) Die Spedition mit festen Spesen.

1. **Vorausgesetzt ist, daß der Spediteur mit dem Versender für die Kosten der Versendung einen Pauschalsatz vereinbart.**

a) **Mit dem Versender** muß die Vereinbarung getroffen sein. Nur dieser, sein Kommittent, steht dem Spediteur als Vertragsgegner gegenüber. Indem das Gesetz das Wort „Versender" gebraucht, beseitigt es die bisherigen Zweifelsfragen, die sich daran knüpften, daß der frühere Art. 384 von dem „Absender oder Empfänger" sprach (s. 5. Aufl. Art. 384 § 1).

Anm. 2. b) **Für die Kosten der Versendung.** Hier ist im Gesetz ungenau von den Beförderungskosten gesprochen, während auch die Vorbereitung (Aufbewahrung und Zuführung zum Frachtführer) und die endgültige Erledigung des Transports (Abrollung an den Empfänger) gemeint ist (zust. Förtsch Art. 384 Anm. 4). Für alles zusammen muß ein Pauschalsatz vereinbart sein. Dagegen wird durch die Vereinbarung, daß einzelne bestimmte Nebenkosten z. B. für Versicherung, für Aufbewahrung, für Abrollen, nicht in der Pauschalsumme inbegriffen sein sollen, sondern besonders zu vergüten sind, der Fall des vorliegenden Abschnitts nicht ausgeschlossen (Makower § 412 IIc; Düringer-Hachenburg III 477; Lehmann-Ring § 413 Nr. 3; anders 6./7. Aufl.). Es ist nicht erforderlich, daß ein Gesamtbetrag genannt ist, es kann auch ein bestimmter Satz für jede Gewichts- oder Raumeinheit des Frachtguts vereinbart sein, z. B. 3 Mk. pro Doppelzentner (ROHG. 2, 249; Cosack 448; s. auch ROHG. 14, 277). — Die Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend, muß aber vor der Ausführung des Auftrags erfolgen (Burchard 331; Düringer-Hachenburg III 477, Makower § 413 IIa; vgl. ROHG. 2, 247).

Anm. 3. 2. **Die Wirkungen** sind folgende:

a) Die selbstverständliche und vom Gesetz nicht hervorgehobene Wirkung ist, daß der Spediteur den vereinbarten Pauschalsatz und nur diesen verlangen kann, auch wenn er dabei in bezug auf die Transportkosten Gewinn macht, und andererseits, auch wenn er dabei zu Schaden kommt (ROHG. 12, 214; OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 1630; RG. in Ztschr. f. intern. EisTransp. 03, 212).

Anm. 4. b) Vom Gesetze hervorgehoben ist, daß der Spediteur neben dem berechneten Satze keine Provision verlangen kann. Im Grunde genommen ist auch dies selbstverständlich, da die Pauschalsumme eine Vergütung für die Besorgung der Versendung überhaupt darstellt, mithin die Vergütung für die eigene Mühewaltung in dem Unterschied zwischen den eigenen Auslagen und dem vereinbarten Satze mit enthält.

Anm. 5. c) Der Schwerpunkt der Vorschrift liegt in der Bestimmung, daß der Spediteur ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers hat. Dies weicht vom bisherigen Rechte ab. Nach dem früheren Art. 384 blieb das Verhältnis auch in solchem Falle ein Speditionsverhältnis, nur daß der Spediteur keine Provision zu fordern hatte und für die Erfüllung der den Zwischenspediteuren und Frachtführern obliegenden Verpflichtungen einstand (ROHG. 16, 377). Nach unserem Absatze aber hat der Spediteur in solchen Fällen ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers. Das Verhältnis ist hiernach nicht mehr Spedition, sondern Frachtgeschäft (D. 243). Das Gesetz spricht nur von den Rechten und Pflichten eines Frachtführers, nicht auch eines Verfrachters. Burchard in EisenbE. 14,

Digitized by Google

282 und mit ihm Düringer-Hachenburg III 477; Müller in BadRpr. 05, 81 nehmen an, daß dies nicht unabsichtlich geschehen ist. Wir können uns jedoch nicht entschließen, mehr als eine mangelhafte Redaktion anzunehmen. Es würde sich sonst wohl in der Denkschrift eine Begründung für die Weglassung des Verfrachters finden. Auch würde sonst der Absatz 2, die Vorschrift über den Sammelladungsverkehr, sich ebenfalls nur auf den Landtransport beziehen, was Burchard selbst nicht annimmt. (Ebenso Makower § 413 IV a und OLG. Celle, Sped.- u. Schiffahrtszeitung 04, 564). **§ 413.**

Wie sich hiernach die Rechte und Pflichten des Spediteurs im einzelnen stellen, insbesondere seine Haftung, braucht nicht erörtert zu werden, ergibt sich vielmehr aus der Lehre vom Frachtgeschäft ohne weiteres. Er haftet aber nicht unbedingt für rechtzeitige Stellung der Transportmittel, sondern nur, soweit er dabei die gehörige Sorgfalt nicht aufwendet (JW. 01, 618[7]). Der von ihm angenommene Frachtführer gilt dem Versender gegenüber als bloßer Erfüllungsgehilfe des Spediteurs, als dessen Unterfrachtführer, so daß der Spediteur für Versehen des von ihm angenommenen Frachtführers (JW. 01, 396[4]) und Zwischenspediteurs (RG. 55, 237), wie auch für das Versehen seiner Leute, deren er sich zur Ausführung des Transportes bedient, einstehen muß, ohne daß er sich auf deren beschränkte Haftung (z. B. eines Schiffers) ihm gegenüber berufen kann (OLG. Hamburg HansGZ. 01 Hptbl. 304). Nur für schuldhafte Handlungen und Unterlassungen steht also der Spediteur, der zu festen Sätzen abgeschlossen hat, ein und auch nur bis zur Erledigung des Speditionsauftrags, also regelmäßig bis zur Ablieferung des Gutes an den Empfänger (JW. 01, 368[10]). Lehnt dieser die Annahme ab, so entscheidet das Recht des vertragsmäßigen Ablieferungsortes, ob alles zur Ablieferung Erforderliche geschehen ist, und welche Folgen sich an eine solche Weigerung hinsichtlich der ferneren Haftung des Gutes knüpfen (RG. 48, 110). Nimmt der Spediteur seinen Rückgriff gegen seinen Zwischenspediteur, so hat die Streitverkündung an diesen Zwischenspediteur in einem mit dem Versender im Ausland geführten Rechtsstreit nicht die Wirkung, daß der Zwischenspediteur die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen des in jenem Rechtsstreit ergangenen Urteils nun auch gegen sich gelten lassen müßte (RG. 55, 238). Anm. 6.

Wenn der Versender seinen gesamten Jahrestransport einem Spediteur zu festen Frachtsätzen übergeben hat, so kann der Spediteur wegen schuldhafter Vertragsverletzung Schadensersatz fordern, wenn der Versender Frachtgüter anderwärts besorgen läßt. Der Spediteur kann aber nicht verlangen, daß der Versender über die Einhaltung seiner Verpflichtung Rechenschaft gebe, also seinen Geschäftsbetrieb durch Büchereinsicht oder Erteilung von Auszügen der Kontrolle des Versenders unterwerfe und seine eigene Vertragsverletzungen festzustellen helfe (JW. 03, 273[11]). Der Versender kann seinerseits wegen fortgesetzt erheblich mangelhafter Ausführung der Transporte, wie überhaupt, wenn die Voraussetzungen positiver Vertragsverletzungen gegeben sind, von dem Vertrag vorzeitig in entsprechender Anwendung des § 326 BGB. zurücktreten.

Selbstverständlich können die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen. Lauten diese dahin, daß der Spediteur nicht als Frachtführer, sondern nur als Spediteur nach § 408 haften solle, so sind damit nur die Haftungsgrundsätze für den Spediteur eingeführt, nicht aber die übrigen Grundsätze der Spedition, z. B. über die freie Widerruflichkeit des Speditionsauftrags (OLG. Hamburg OLGR. 10, 344). Anm. 7.

II. (Abs. 2). **Die Sammelladungsspedition.** Anm. 8.

1. **Der Begriff und die wirtschaftliche Bedeutung derselben.** Der Begriff ist im Abs. 2 unseres Paragraphen deutlich bestimmt: es erfolgt die Versendung des Gutes zusammen mit den Gütern anderer Versender auf Grund eines für seine, des Spediteurs, Rechnung geschlossenen Frachtvertrages. Nicht erforderlich ist also, daß eine Vereinbarung mit dem Versender über die Beförderung in Sammelladung erfolgt ist. Es genügt die tatsächliche Versendung in Sammelladung. Da der Spediteur den Frachtvertrag für eigene Rechnung abschließt, ist der Fall des § 412 gegeben; jedoch sind die Vorschriften des § 412 Abs. 2 durch die des § 413 Abs. 2 ersetzt.

Digitized by Google

§ 413. Der Sammelladungsverkehr verdient besondere rechtliche Berücksichtigung. Das Sammeln
Anm. 9. der Güter erfordert besondere Tätigkeiten, Einrichtungen und Spesen. Es wäre unbillig, den Spediteur trotzdem zu zwingen, die von ihm hierdurch erzielten Vorteile in der Frachtberechnung lediglich dem Versender zuzuwenden. Allerdings ist es auch nicht billig, sie allein dem Spediteur zuzuteilen. Dies widerspräche dem Zwecke der ganzen Einrichtung und der Absicht der Beteiligten, die von der Beförderung im Sammelverkehr in erster Linie zum Zwecke der Verbilligung der Transportkosten Gebrauch machen. Wie das Gesetz die Ausgleichung der verschiedenen Interessen versucht, ergibt sich aus folgendem:

Anm. 10. 2. Die **Rechtsfolgen** sind:

a) **Der Spediteur wird Frachtführer und erhält ferner keine Provision,** und zwar gilt dies auch dann, wenn er keinen Pauschalsatz für die Beförderung vereinbart hat. Ist dies der Fall, so gilt er schon nach Abs. 1 unseres Paragraphen als Frachtführer und verliert den Anspruch auf Provision.

Anm. 11. b) **Der Spediteur kann eine den Umständen nach angemessene Fracht, höchstens aber die für die Beförderung des einzelnen Gutes gewöhnliche Fracht verlangen.** Wie viel er im einzelnen Falle verlangen kann, richtet sich nach richterlichem Ermessen nach Anhörung von Sachverständigen. Das richterliche Ermessen wird hierbei die in Anm. 9 enthaltenen Erwägungen zu berücksichtigen haben, insbesondere daß der Spediteur für die Mühe des Sammelns und seine sonstige Speditionstätigkeit entschädigt werden muß, daß er also mehr erhalten muß, als einen entsprechenden Anteil an der von ihm zu zahlenden Fracht — er würde ja sonst ohne Lohn arbeiten —, daß aber andererseits dem Spediteur nicht der ganze Unterschied der Stückgut- und der Sammelfracht zufließen darf, da sonst die ganze Einrichtung für das Publikum zwecklos wäre.

Anm. 12. c) Keinesfalls ist hiernach der Spediteur berechtigt, die volle Stückgutfracht nebst der Provision in Rechnung zu stellen. Er würde sich hierdurch des Betruges schuldig machen (RG. 123).

Anm. 13. d) Wohl aber kann er neben der Fracht seine sonstigen Auslagen verlangen. Dies schließt das Gesetz mit keinem Worte aus. Nur die Provision versagt ihm das Gesetz (Cosack 449; Düringer-Hachenburg III 481; Makower § 413 IVb).

Anm. 14. 3. **Selbstverständlich sind die Bestimmungen nur dispositiver Natur.** Abweichendes kann vereinbart werden. So kann, wie Abs. 1 ergibt, ein fester Pauschalsatz der Beförderungskosten vereinbart werden und dieser kann dann auch höher sein, als die gewöhnliche Fracht des einzelnen Gutes. Nur wenn nichts vereinbart ist, gilt die im Abs. 2 Satz 2 bestimmte Höchstgrenze des Anspruchs des Spediteurs.

Anm. 15. **Zusatz.** Hinzuzufügen ist, wenn es auch auf anderem Gebiete liegt, **daß nach Handelsgebrauch der Spediteur ihrer Billigkeit wegen die Beförderung im Sammelverkehr zu wählen hat, wenn die Umstände des Falles nicht ergeben, daß es dem Versender auf eine möglichst schnelle Beförderung ankommt** (Gutachten der Berliner Ältesten der Kaufmannschaft bei Dove HGB. Anm. 2; Düringer-Hachenburg III, 479). Nimmt der Spediteur die Beförderung in Sammelladung vor, obgleich dies einer ausdrücklichen Weisung des Versenders oder dessen Interesse widerspricht, so macht er sich nach § 408 schadensersatzpflichtig, denn Sammelladungen reisen langsamer.

Anm. 16. III. **Über den Erfüllungsort** s. § 407 Anm. 24.

§ 414.

§ 414. Die Ansprüche gegen den Spediteur wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes verjähren in einem Jahre. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

Digitized by Google

Die Verjährung beginnt im Falle der Beschädigung oder Minderung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung stattgefunden hat, im Falle des Verlustes oder der verspäteten Ablieferung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen. § 414.

Die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche können nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn vorher der Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung dem Spediteur angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet worden ist. Der Anzeige an den Spediteur steht es gleich, wenn gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen dem Versender und dem Empfänger oder einem späteren Erwerber des Gutes wegen des Verlustes, der Minderung, der Beschädigung oder der verspäteten Ablieferung anhängigen Rechtsstreite dem Spediteur der Streit verkündet wird.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Spediteur den Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung des Gutes vorsätzlich herbeigeführt hat.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Verjährung gewisser Ansprüche gegen den Spediteur. Einleitung. Hervorzuheben ist, daß es sich überall nur um Ansprüche aus einem Speditionsvertrage handelt, also nicht um Ansprüche aus einem besonderen mit dem Spediteur abgeschlossenen Verwahrungsvertrage, der mit einem Versendungsvertrage nicht zusammenhängt (ROHG. 24, 305; RG. 11, 132; RG. 60, 47; vgl. jedoch § 423); dagegen bezieht sich der Paragraph andererseits auf alle Arten der Spedition, auch auf die Spielart des § 412, dagegen nicht auf die Spielarten des § 413, da hier lediglich ein Frachtgeschäft vorliegt. Doch hat dieser Unterschied nichts zu bedeuten, da auf die Ansprüche gegen den Frachtführer die gleiche Verjährung Anwendung findet (§ 439).

1. Gegenstand und Dauer der Anspruchsverjährung (Abs. 1), 2. Beginn der Frist der Anspruchsverjährung (Abs. 2), 3. Die Verjährung der Einrede (Abs. 3), 4. Ausschluß der Verjährung bei vorsätzlichem Handeln (Abs. 4). Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Gegenstand und Dauer der Verjährung.**

a) **Gegenstand der Verjährung** sind die Ansprüche (was von den Einreden gilt, siehe unten Anm. 7), und zwar nur die Ansprüche gegen den Spediteur, also aus einem Speditionsvertrage (vgl. die Einl., nicht aus einem Verwahrungsvertrag RG. 60, 47; vgl. aber § 423), und auch nur gewisse Ansprüche gegen ihn, nämlich wegen Verlustes, Verminderung, Beschädigung und verspäteter Ablieferung des Gutes. Nicht gehören dazu die Ansprüche auf Herausgabe des Speditionsgutes oder des Frachtbriefs, auf Rückforderung übersetzter Frachtgebühren, ferner wegen unterlassener Benachrichtigung des Versenders, wegen mangelhafter Gewichtskonstatierung oder Wahl eines falschen Transportweges, sowie wegen sonstiger auftragswidriger Ausführung der Spedition, sofern nicht hierdurch der Verlust, die Minderung, Beschädigung oder die verspätete Ablieferung des Gutes verursacht wurde, ferner nicht eine nach Ablieferung des Gutes geschehene arglistige Täuschung (vgl. JW. 06, 734[1]), noch auch eine selbständige unerlaubte Handlung (z. B. Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht; RG. 49, 96; vgl. ROHG. 15, 32). Der Anspruch auf Erfüllung unterliegt gleichfalls nicht der Verjährungsvorschrift unseres Paragraphen; denn dieser Anspruch stützt sich lediglich auf den Speditionsvertrag, und zwar auch dann, wenn die erfolgte Ausführung des Speditionsauftrags wegen mangelhafter Erfüllung gemäß § 407 Abs. 2, 385 Abs. 1 abgelehnt wird (a. M. Makower § 414 Ia[1]). In allen solchen Fällen folgt die Verjährung allgemeinen Grundsätzen (Eger 2, 514, 580; Burchard 435; vgl. auch ROHG. 24, 305; RG. 11, 132).

Digitized by Google

§ 414. Unter **Verlust** ist der Zustand zu verstehen, bei dem der Spediteur nicht in der Lage
Anm. 2. ist, das Gut auszuhändigen. Nicht notwendig ist, daß er gerade nicht weiß, wo das Gut sich befindet, wenn es nur für absehbare Zeit nicht erreichbar z. B. versunken ist (ROHG. 4, 14; RG. 49, 93; OLG. Hamburg HansGZ. 04 Hptbl. 45). Selbstverständlich ist es auch gleichgültig, wo das Gut verloren gegangen ist, ob auf dem Transport oder am Bestimmungsort vor der Aushändigung (ROHG. 4, 14; 12, 136). Auch dann ist das Gut als verloren zu betrachten, wenn der Spediteur es selbst hat unbefugt versteigern lassen (ROHG. 15, 30). Beschlagnahme kann Verlust bedeuten, es kommt jedoch auf die Umstände an (ROHG. 7, 55). Konfiskation ist Verlust. Instruktionswidrige Aushändigung des Gutes an den Empfänger ist Verlust (RG. im SächsA. 14, 704; OLG. Hamburg OLGR. 9, 277). Der Verkauf des Gutes durch den Frachtführer ist Verlust (ROHG. 15, 32).

Anm. 3. Unter **Beschädigung** ist jede qualitative Wertverminderung, jede äußere oder innere Verschlechterung des Frachtgutes zu verstehen (Schott bei Endemann III 335, z. B. durch Zusammladen stark riechender mit geruchempfindlicher Ware, vgl. RG. 60, 45). Sinken des Tauschwerts ohne Verletzung der körperlichen Integrität gehört nicht hierher. Insofern ist Gareis-Fuchsberger 826 Note 29 zuzustimmen; es ist nur nicht richtig, wenn sie sich hierfür auf ROHG. 20, 347 berufen, denn dieses Erkenntnis vertritt gerade die gegenteilige Ansicht. Bei Sendungen, die ein einheitliches Ganze bilden, ist die Verletzung einzelner Stücke eine Beschädigung der ganzen Sendung (ROHG. 15, 374; RG. 15, 134; Schott bei Endemann III 335). Naßwerden, wenn dadurch auch nur vorübergehende Unbrauchbarkeit für den Empfänger bewirkt wurde, ist Beschädigung (Bolze 5 Nr. 625).

Anm. 4. b) **Die Dauer der Verjährung** ist ein Jahr. Die Frist kann durch Vereinbarung abgekürzt (§ 225 BGB.), oder auch verlängert, nicht aber ausgeschlossen werden (Abs. 1 unseres Paragraphen u. § 225 BGB.). Die Verlängerung darf sich nicht über die Zeit der ordentlichen Verjährung erstrecken (hierüber zu § 377; vgl. auch über Verjährung die §§ 159, 160). Die Berechnung der Frist erfolgt nach § 190 BGB.

Anm. 5. 2. (Abs. 2). **Die Verjährungsfrist beginnt** für Ansprüche wegen Verlustes oder verspäteter Ablieferung mit dem Ablauf des Tages, an dem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen, sei es nach der Abrede oder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge. Im letzteren Fall ist also nach den Umständen zu ermitteln, wann die Ablieferung hätte geschehen müssen (RG. 49, 95). Bei instruktionswidriger Auslieferung ist es spätestens der Augenblick, in dem der Versender den Spediteur für die Fehlauslieferung verantwortlich macht, weil spätestens in diesem Augenblick der Spediteur das Gut hätte zurückgeben müssen (RG. in Holdheim 14, 168). Ereignisse, die dem Transport unabwendbare Verzögerungen bereiten (Eisgang, Krieg, Ausfuhrverbot) kommen insofern in Betracht, als sie die Lieferfrist hinausschieben (Hahn zu Art. 386; ROHG. 15, 30; Düringer-Hachenburg III 484). Für die Ansprüche wegen Beschädigung oder Verminderung beginnt die Frist mit Ablauf des Tages, an dem die Ablieferung geschehen ist. Unter **Ablieferung** ist die Ablieferung an den Empfänger zu verstehen, nicht die Ablieferung an den Frachtführer seitens des Spediteurs. Gleichgültig ist hierbei, ob der Spediteur die Beförderung selbst ausgeführt hat oder nicht. Dies ergibt sich zunächst daraus, daß § 414, wie D. 264 ausführt, die Verjährungsvorschriften für die Ansprüche gegen den Spediteur in tunlichster Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Art. 45 des Berner internationalen Vertrags über den Eisenbahnfrachtverkehr sowie mit den Bestimmungen des § 439 HGB. bringen wollte, dort aber unter Ablieferung des Gutes nur die Ablieferung an den Empfänger verstanden werden kann. Ferner folgt dies aus dem allgemeinen Grundsatz, daß die Verjährung nicht eher beginnen kann, als der Anspruch selbst entstanden ist. Tritt aber die Minderung, die Beschädigung oder der Verlust des Gutes erst auf dem Transport infolge einer Handlung des Spediteurs z. B. infolge schlechter Verpackung oder durch eine Handlung des Frachtführers ein, für die der Spediteur gemäß § 408 haftet, so entsteht der Anspruch gegen den Spediteur erst mit Eintritt des Schadens, also nach der Ablieferung an den Frachtführer (übereinstimmend Makower § 414 Ic u. IIa: anders

Digitized by Google

6./7. Aufl.; Burchard 438, 439 u. in EisenbE. 14, 286; Düringer-Hachenburg III 482; Lehmann-Ring 414 Nr. 7 u. 9). Es kann auch nicht angängig sein, je nachdem der Schaden vor oder nach der Auslfolgung des Gutes an den Frachtführer entstanden ist, als Ablieferung im Sinne des § 414 einmal die Ablieferung an den Frachtführer, das andere Mal die Ablieferung an den Empfänger zu verstehen. Der Beginn der kurzen Verjährung des § 414 erfordert einen fest bestimmten Zeitpunkt und dies kann nur die Ablieferung an den Empfänger sein. Vor der Ablieferung beginnt die Verjährung nicht (ROHG. 17, 78). Dauert die Ablieferung mehrere Tage, so entscheidet der letzte Ablieferungstag (ROHG, 12, 136). Ablieferung ist der Akt, „durch den der Frachtführer nach Beendigung des Transports den Gewahrsam mit Einwilligung des Empfängers" aufgibt. Über den Begriff der Ablieferung s. zu §§ 377 u. 429. Die für den Beginn der Verjährung maßgebenden Tatsachen hat der Spediteur zu beweisen (OG. Wien Adler-Clemens Nr. 393). **§ 414.**

Ob der Anspruchsberechtigte den Verlust oder die Verminderung kannte oder nicht, ob der Verlust oder die Beschädigung äußerlich erkennbar ist oder nicht, macht keinen Unterschied (Eger 2, 584; Makower § 414 IIa[1]; Lehmann-Ring § 414 Nr. 11; vgl. ROHG. 15, 126). Anm. 6.

3. (Abs. 3.) **Die Einrede-Verjährung.** Die D. 246 meint, die Vorschrift des Abs. 3 entspreche der gleichen Vorschrift bei der Gewährleistung, also dem § 478 BGB. Aber dies ist nicht der Fall. Der § 414 Abs. 2 entspricht nicht dem § 478, sondern dem § 479 BGB. Die Einreden des Versenders verjähren insoweit, als mit ihnen die in § 414 Abs. 1 bezeichneten *Ansprüche* geltend gemacht werden. Durch diese Verjährung der einredeweise geltend gemachten Ansprüche wird aber nicht ausgeschlossen, daß die Tatsachen des Verlustes, der Minderung, Beschädigung und verspäteten Ablieferung zur Begründung der Behauptung ordnungswidriger Erfüllung verwendet werden; d. h. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, begründet auf die in § 414 Abs. 1 bezeichneten Tatsachen, wird nicht durch die Verjährung der daraus erwachsenen *Ansprüche* ausgeschlossen. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verjährt erst mit dem Anspruch auf Erfüllung (vgl. oben Anm. 2). Zu bemerken ist hierbei, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur dann erwächst, wenn die ordnungswidrige Erfüllung gemäß § 407 Abs. 2 § 385 Abs. 1 vom Versender als Erfüllung zurückgewiesen wird (vgl. § 408 Anm. 16). Die einredeweise Geltendmachung der genannten *Ansprüche* läßt sich aber kaum anders als im Wege der Aufrechnung denken und dann trifft § 414 Abs. 3 zu. Demnach ist die Verjährung der einredeweise geltend gemachten Ansprüche nur dann von Bedeutung, wenn sie im Wege der Aufrechnung Forderungen des Spediteurs aus *anderen* Verträgen entgegengesetzt werden, oder wenn mit ihnen gegen Ansprüche aus demselben Speditionsvertrage aufgerechnet wird und dem Versender die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht zusteht, z. B. weil der Empfänger das beschädigte oder verspätet angekommene Gut angenommen hat (vgl. § 408 Anm. 16 und OLG. Karlsruhe Recht 05, 169; anders Makower § 414 IIIa; Düringer-Hachenburg III 484). Anm. 7.

Aufgerechnet kann aber mit solchen Ansprüchen auch dann werden, wenn die Ansprüche an sich gemäß Abs. 1 verjährt sind, sofern nur der Verlust, die Beschädigung, die Minderung oder die verspätete Lieferung dem Spediteur vor Vollendung der Verjährung angezeigt oder wenigstens die Anzeige an ihn abgesandt worden ist. Der Anzeige an den Spediteur stehen die im Abs. 3 Satz 2 erwähnten Rechtshandlungen gleich (Antrag auf Sicherung des Beweises, Streitverkündung, vgl. RG. 58, 79). Anm. 8.

Ist die Anzeige nicht erfolgt und hat keine der anderen Rechtshandlungen vor der Verjährung stattgefunden, so ist die Aufrechnung nach dem Ablauf der Verjährung ausgeschlossen, eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages aber kann auf diese Tatsachen auch dann noch gestützt werden, wie oben Anm. 7 dargetan ist. Anm. 9.

4. (Abs. 4.) **Vorsätzliches Handeln** entzieht die Ansprüche der kurzen Verjährung. Grobe Fahrlässigkeit genügt nicht. Gemeint ist jedes vorsätzliche Handeln, für das der Spediteur einzustehen hat (Förtsch Art. 386 Anm. 14; Düringer-Hachenburg III 486); zwar nicht schon dann, wenn der von ihm gewählte Frachtführer vorsätzlich gehandelt hat, während er selbst Anm. 10.

Digitized by Google

§ 414. nur fahrlässig die Wahl getroffen hat, wohl aber dann, wenn sein Erfüllungsgehilfe vorsätzlich gehandelt hat. Das vorsätzliche Handeln muß vom Versender bewiesen werden. Macht der Spediteur dem Versender über den Verlust oder die Beschädigung des abgelieferten Gutes fahrlässig ungenaue Mitteilungen, die den Versender zur Nichtunterbrechung der Verjährung bestimmten, so ist dem Versender dagegen keine Hilfe gegeben, auch nicht etwa mit Hilfe des Grundsatzes über Treu und Glauben. Selbst eine wissentliche unwahre Mitteilung über die Ursache des Verlustes oder des Schadens, wenn der Spediteur dies zu seiner Entlastung getan hat, genügt noch nicht zur Einrede der Arglist gegenüber der Verjährungseinrede; es ist vielmehr ein auf Verhinderung einer Verjährungsunterbrechung gerichtetes arglistiges Handeln oder doch ein Handeln in dem Bewußtsein der Möglichkeit, daß dadurch die Unterbrechung verhindert werde, zur exc. doli nötig, welches sich zugleich als ein Verstoß gegen die guten Sitten darstellt (RG. 64, 222; vgl. § 346 Anm. 19). Diese Voraussetzung würde zutreffen, wenn der Spediteur seine unwahren Behauptungen in solcher Weise z. B. durch falsche Belege vorgebracht hatte, daß ihm auch ein sorgfältiger Versender Glauben schenken mußte.

Anm. 11. **Zusatz 1. Sonstige Vorschriften über die Verjährung sind nicht gegeben.** Hierüber gelten die allgemeinen Grundsätze, s. hierüber §§ 159 u. 160.

Anm. 12. **Zusatz 2. Über vertragsmäßige Abänderung** der Verjährungsfrist s. oben Anm. 4.

Anm. 13. **Zusatz 3. Der Anspruchserlöschungsgrund des § 438** (Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht) greift zugunsten des Spediteurs nicht Platz (ROHG. 8, 195).

Anm 14. **Zusatz 4. Für das örtliche Recht der Verjährung** gilt das zu § 383 Anm. 37 Gesagte.

Anm. 15. **Zusatz 5. Die Ansprüche des Spediteurs gegen den Versender** sind im vorliegenden Paragraphen nicht erwähnt. Diese verjähren in zwei u. vier Jahren (vgl. § 409 Anm. 6 u. 10). Hinsichtlich der Aufrechnung solcher Forderungen gilt nach Art. 2 EG. z. HGB. der § 390 BGB. (s. Reindl in Eisenb. 21, 318).

§ 415.

§ 415. **Die Vorschriften dieses Abschnitts kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Spediteur ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu besorgen übernimmt.**

Lit.: wie zu § 407.

Der vorliegende Paragraph dehnt die Vorschriften über die Spedition auf den Fall aus, daß ein Kaufmann, der nicht Spediteur ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu besorgen übernimmt. Vgl. hierüber § 406 Anm. 2.

Exk. zu § 415.

Exkurs zu § 415.

I. Die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über die Kommission.

Die im § 407 Abs. 2 angeordnete entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Kommission bedarf hier einer kurzen zusammenfassenden Übersicht:

Anm. 1. 1. § 383. Von einer entsprechenden Anwendung kann hier keine Rede sein. Der Paragraph beschäftigt sich mit der Begriffsbestimmung des Kommissionärs. Die Begriffsbestimmung des Spediteurs ist im § 407 enthalten.

Anm. 2. 2. § 384. Dieser Paragraph ist auf das Speditionsverhältnis zum Teil unmittelbar übertragen (§ 408). Soweit er nicht unmittelbar übertragen ist, ist er nicht anwendbar (vgl. § 408 Anm. 27).

Anm. 3. 3. § 385. Über die Anwendbarkeit dieses Paragraphen auf das Speditionsverhältnis ist im § 408 Anm. 14, 15 u. 16 gehandelt.

Anm. 4. 4. § 386. Die Vorschrift ist nicht entsprechend anwendbar, da sie eine Sondervorschrift ist, die sich auf die Spedition nicht ohne weiteres übertragen läßt. Ähnliches, nämlich das Recht,

Digitized by Google

die Zurückweisung durch Erbietung zur Tragung der Differenz zu verhindern, gilt auch bei der Spedition (vgl. § 408 Anm. 16; a. M. Düringer-Hachenburg § 407 III c; Makower § 407 III d). **§ 415.**

5. § 387. Dieser Paragraph ist anwendbar (a. M. Düringer-Hachenburg III 453). Anm. 5.

6. §§ 388—390. Diese Vorschriften sind im § 407 Abs. 2 ausdrücklich für anwendbar erklärt. Vgl. § 408 Anm. 7—10. Hinsichtlich der im § 390 Abs. 2 hervorgehobenen Versicherungspflicht ist zu bemerken, daß die Angabe des Wertes einer Sendung in dem Begleitpapier als Auftrag zur Versicherung in Höhe des angegebenen Wertes durch den Spediteur anzusehen sein wird (das ist Berliner Handelsgebrauch, Dove-Apt 168; vgl. hierzu ferner § 408 Anm. 10 u. 12).

7. § 391. Dies ist eine Sondervorschrift für den Einkaufskommissionär und ist entsprechender Anwendung nicht fähig. Anm. 6.

8. § 392 ist anwendbar (vgl. § 407 Anm. 17).

9. § 393 Abs. 1 ist anwendbar: unbefugte Vorschuß- oder Kreditgewährung an den Frachtführer erfolgt daher auf Gefahr des Spediteurs. § 393 Abs. 2 u. 3 sind ihrer Natur nach nicht übertragbar.

10. § 394 ist anwendbar: Delkrederehaftung für den Frachtführer tritt daher nur ein, wenn sie vereinbart oder handelsgebräuchlich ist. Im Fall der Haftung hat er eine Delkredereprovision zu fordern.

11. § 395. Derselbe ist seiner Natur nach nicht anwendbar.

12. § 396. Anlangend zunächst den Abs. 1, so ist derselbe im ersten Teil nicht anwendbar, weil diese Angelegenheit auch bei der Spedition besonders geregelt ist (§ 409). Aber auch der zweite Teil des Abs. 1 (der Provisionsanspruch ist auch dann verdient, wenn das Geschäft aus einem in der Person des Versenders liegenden Grunde nicht ausgeführt wird), ist nicht übertragbar (vgl. § 409 Anm. 2).

Der Abs. 2 ist übertragbar (vgl. hierüber § 409 Anm. 7 u. 8, § 412 Anm. 9).

13. § 397 ist nicht übertragbar, weil besonders geregelt (§ 410). Anm. 7.

14. § 398 ist anwendbar, wenn überhaupt eine praktische Anwendbarkeit denkbar ist.

15. § 399 ist anwendbar.

16. §§ 400—404 sind nicht anwendbar. Das Selbsteintrittsrecht ist selbständig geregelt (§ 412).

17. § 405 Abs. 1 u. 2 ist nicht anwendbar. Vgl. § 412 Anm. 3. Desgleichen Abs. 3 (vgl. § 412 Anm. 7).

18. § 406. Nicht anwendbar, weil besonders geregelt (§ 415).

II. Der Annoncenspediteur (Annoncenbureau).

Dieser ist nicht Spediteur, da er nicht Güterversendung sondern die Veröffentlichung von Anzeigen in den ihm aufgegebenen oder von ihm auszuwählenden Blättern besorgt (Goldschmidt, Hdb. § 54 Anm. 5; dazu oben § 407 Anm. 6 ff. u. § 1 Anm. 76). Das Verhältnis ist zwar kein Werkvertrag (wie Dernburg II 2 § 346 II Fußnote 6 und Makower § 413 V unter Umständen annehmen), weil er nicht für die Veröffentlichung einsteht, sondern nur für die Vermittelung der Veröffentlichung seine Dienste anbietet (ROHG. 4, 135); es ist vielmehr ein Auftragsverhältnis eigener Art. Der Annoncenspediteur hat nicht die Stellung eines Kommissionärs; denn, obgleich er in eigenem Namen für fremde Rechnung wie der Kommissionär abschließt, setzt er, wie dies der Spediteur nach § 413 kann, seinem Auftraggeber einen bestimmten Preis ohne Rücksicht auf die wirklichen Aufwendungen an. Sein Verdienst liegt in dem vorteilhafteren Abkommen, das er mit den Zeitungen trifft (Kommissionsgeschäft nehmen an: Düringer-Hachenburg § 407 Note II 2; Dernburg a. a. O.; OLG. Zweibrücken OLGR. 6, 95). Die Tätigkeit des Annoncenspediteurs zeigt somit allerdings nähere Verwandtschaft mit der Spedition als mit der Kommission. Die Annoncenspedition ist daher ein der Spedition ähnlich zu beurteilendes Rechtsverhältnis (so ROHG. 1, 212; 4, 135; 12, 214; RG. 20, 51; OLG. Celle OLGR. 6, 95; a. M. 6./7. Aufl.). Auf die kurze Verjährung des § 414 kann der Annoncenspediteur sich allerdings Anm. 8.

Digitized by Google

§ 415. nicht berufen. Seine eigenen Ansprüche verjähren in 2 u. 4 Jahren (§ 196 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2 BGB.). Die Tätigkeit der Annoncenbureaus gehört zu den Geschäften des Buchhandels (a. M. Düringer-Hachenburg § 407 Note II 2). Deshalb liegt in der gewerbsmäßigen Abschließung solcher Geschäfte ein Handelsgewerbe. Der Annoncenspediteur ist daher Kaufmann (ROHG. 1, 207; § 1 Anm. 8). Annoncensammler und Annoncenakquisiteure dagegen sind Agenten (§ 1 Anm. 80, Düringer-Hachenburg § 407 Note II 2).

Fünfter Abschnitt.
Lagergeschäft.

§ 416.

§ 416. **Lagerhalter ist, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt.**

Lit.: Adler, Das österr. Lagerhausrecht, Berlin 92; Burchard, Das Lagergeschäft, EisenbE. 16, 184ff., 285ff., 359ff.; 17, 82ff.; Schetelich, Das Lagergeschäft mit Ausschluß des Lagerscheins, Leipzig 06.

Einleitung. **Vorbemerkung zum fünften Abschnitt.** Der Abschnitt war im alten HGB. nicht enthalten. Das Lagergeschäft war trotz seiner Wichtigkeit für den Handelsverkehr früher nicht geregelt. Die Regelung geht aber nicht soweit, wie dies von verschiedenen Seiten gewünscht war. Insbesondere war von verschiedenen Seiten eine umfassende gesetzliche Regelung des Warrantsystems gefordert worden, die aber unterblieben ist. Soweit landesgesetzlich derartige Vorschriften bestehen, sind sie durch Art. 16 EG. z. HGB. aufrecht erhalten (vgl. zu § 424).

Der vorliegende Paragraph enthält die Begriffsbestimmung des Lagerhalters. Danach ist Lagerhalter, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt. Zur Ergänzung ist der § 1 Abs. 2 Nr. 6 heranzuziehen, nach dem der Lagerhalter Kaufmann ist.

Anm. 1. 1. **Der Lagerhalter ist Kaufmann.** Das ist im § 1 Abs. 2 Nr. 6 vorgeschrieben. Er ist also Kaufmann durch den bloßen Gewerbebetrieb, auch ohne hinzukommende Eintragung. Wenn sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht, so ist er gemäß § 4 Minderkaufmann. Aber er bleibt Kaufmann und Lagerhalter, und die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts finden auch dann auf ihn Anwendung.

Anm. 2. 2. **Die einzelnen Bestandteile der Begriffsbestimmung des vorliegenden Paragraphen.**

a) Gewerbsmäßig muß die Lagerung und Aufbewahrung übernommen werden. Ein einzelnes, auf Lagerung und Aufbewahrung gerichtetes Geschäft fällt nicht unter den fünften Abschnitt, sondern unter den allgemeinen Verwahrungsvertrag nach §§ 688ff. BGB. Dies gilt auch dann, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines auf andere Gegenstände gerichteten Handelsgewerbes ein Lagergeschäft abschließt. Denn eine den §§ 406 u. 415 entsprechende Bestimmung ist hier nicht gegeben. Daß ein Kaufmann, der im Betriebe seines Handelsgewerbes die Lagerung übernimmt, Lagergeld nach § 354 fordern kann, hat hiermit nichts zu tun. Dagegen ist es nicht nötig, daß die Lagergeschäfte den einzigen oder auch nur den Hauptgegenstand des betreffenden Gewerbes bilden. Die Bestimmungen über das Lagergeschäft finden vielmehr auch dann Anwendung, wenn ein Kaufmann das Lagergeschäft als Nebengeschäft betreibt, wie dies z. B. bei Spediteuren häufig vorkommt. Denn immerhin betreibt er dann das Lagergeschäft gewerbsmäßig.

Anm. 3. Doch muß das Lagergeschäft Gegenstand besonderer Verträge sein. Wird die Aufbewahrung nur im Zusammenhange mit anderen Geschäften (mit Speditions-, Kommissions-, Frachtverträgen), d. h. in rechtlichem Zusammenhange mit solchen, vereinbart, so kommen die für diese anderen Geschäfte geltenden Vorschriften, nicht die Vorschriften über das Lagergeschäft zur Anwendung; andererseits wird die Annahme eines Lagergeschäftes nicht dadurch aus-

Digitized by Google

geschlossen, daß der Lagerhalter Nebenleistungen übernommen hat, die auch Gegenstand anderer Geschäfte (insbesondere des Speditions- oder Frachtgeschäftes) bilden können. Entscheidend ist, ob im einzelnen Falle die Lagerung und Aufbewahrung Hauptleistung oder Nebenleistung ist (JW. 02, 79[12]). § 416. Anm. 4.

Die amtlichen Packhöfe oder Zollniederlagen, beruhend auf den §§ 97ff. des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869, betreiben keine gewerbsmäßigen Lagergeschäfte, weil es an dem gewerbsmäßigen Betriebe fehlt. Die Lagerung erfolgt hier lediglich wegen der Versteuerung (D. 250).

b) Übernimmt, d. h. einen dahingehenden Vertrag abschließt. Der Vertrag ist ein Aufbewahrungsvertrag (depositum) nach Maßgabe der §§ 688ff. BGB. Die Vorschriften des BGB. finden auf das handelsrechtliche Lagergeschäft jedoch nur ergänzende Anwendung, weil sie für das gewerbsmäßige Lagergeschäft als nicht ausreichend erachtet wurden, und das HGB. daher für diesen Fall Sondervorschriften gab (Art. 2 EG. z. HGB.). Als Verwahrungsvertrag ist das Lagergeschäft ein Realvertrag. Die beiderseitige Bindung tritt erst mit der Übergabe des Guts ein. Es steht jedoch nichts im Wege, daß sich der Lagerhalter durch einen Vorvertrag zur Entgegennahme des Guts und dessen Aufbewahrung verpflichtet. Der andere Teil übernimmt aber durch diesen Vertrag nicht auch die Verpflichtung zur Übergabe (vgl. Planck Vorbem. I vor § 597 u. § 687, Vorbem. I vor § 688, sowie Oertmann Vorbem. I vor § 688 und die dort Angeführten). Die Grundsätze über den Verwahrungsvertrag finden auf den Vorvertrag entsprechende Anwendung. Über den Erfüllungsort für beide Teile vgl. § 421 Anm. 5. Anm. 5.

Als Geschäftsbesorgung kann dieser Vertrag nicht angesehen werden, und zwar schon deshalb nicht, weil der Lagerhalter nicht den Abschluß eines Rechtsgeschäfts übernimmt, sondern lediglich die mit der Lagerung und Aufbewahrung übernommenen Pflichten (anders Burchard in EisenbE. 16, 186; Düringer-Hachenburg III, 490). Deshalb findet z. B. der § 362 HGB. auf den Lagerhalter keine Anwendung (vgl. über den Begriff der Geschäftsbesorgung § 362 Anm. 2ff.). Anm. 6.

c) Die Lagerung und Aufbewahrung übernimmt der Lagerhalter. Wer nur Plätze vermietet und die Sorge um die Aufbewahrung nicht übernimmt, auch nicht unmittelbarer Besitzer der Ware wird, ist nicht Lagerhalter. Ob aber die Verwahrung in Lagerhäusern oder Warenspeichern oder sonstigen Räumen stattfindet, ist gleichgültig (D. 249). Spediteure z. B. übernehmen die Lagerung und Aufbewahrung in ihren auch anderen Zwecken gewidmeten Räumen. Es ist auch nicht notwendig, daß der Lagerhalter für die Lagerung und Aufbewahrung eigene Räume benutzt. Lagerhalter ist auch der, welcher die Lagerung und Aufbewahrung durch einen anderen vornehmen läßt, mit dem er für eigene Rechnung einen Verwahrungsvertrag abgeschlossen hat (RG. 60, 47; vgl. hierzu § 417 Anm. 8). Anm. 7.

Wenn der Aufbewahrer mehr als unmittelbaren Besitz, nämlich das Eigentum der Ware erwerben und nur verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art und Menge zurückzugeben, so liegt kein eigentlicher Verwahrungsvertrag, sondern ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag im Sinne des § 700 BGB. vor. Auf diesen finden die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts keine Anwendung (vgl. § 419 Abs. 3). Anm. 8.

Ferner gehört zum Begriff der Lagerung, daß die Aufbewahrung längere Zeit dauert (Cosack § 101 I), so daß z. B. die Aufbewahrung von Handgepäck durch Portiers wegen der vorübergehenden Dauer der Aufbewahrung keine Lagerung und Aufbewahrung im Sinne unseres Paragraphen ist (a. M. Goldmann § 417 Anm. 9; Düringer-Hachenburg III, 504; Makower § 416 II, b 4). Anm. 9.

d) Von Gütern. An sich ist der Begriff „Gut" ein sehr weiter. Er umfaßt jeden beweglichen Gegenstand (RG. 20, 49). Doch muß der Begriff im Sinne der vorliegenden Vorschriften dahin eingeschränkt werden, daß es ein zur Lagerung und Aufbewahrung geeigneter Gegenstand sein muß. Davon geht auch die D. 249 aus. Es fragt sich nur, in welcher Weise hiernach der Begriff der Güter begrenzt werden muß. Lagerung und Aufbewahrung ist Anm. 10.

Digitized by Google

§ 416. offenbar ein technischer Begriff und nicht jedes Gut eignet sich zur Lagerung und Aufbewahrung. Cosack § 101 I will zur Lagerung nur leblose Sachen für geeignet halten, die im Verhältnisse zu ihrem Werte einen großen Umfang haben. Diese Begriffsbestimmung ist aber zu unbestimmt und auch willkürlich. Warum soll nicht auch die Lagerung von Seiden- oder Goldwaren inbegriffen sein, die doch im Verhältnisse zu ihrem Werte einen geringen Umfang haben? Richtiger ist es, zu sagen, daß zur Lagerung geeignete Güter alle leblosen Waren sind. Auch durch diese Begriffsbestimmung werden die Tiere ausgeschlossen, wie dies die D. 249 und Cosack a. a. O. wollen, desgleichen die Wertpapiere; denn zu den Waren gehören diese nicht. Dagegen fallen hierunter Kostbarkeiten. Es ist auch nicht einzusehen, warum sie ausgeschlossen werden sollen. Ebenso einzelne Kleidungsstücke, z. B. ein Pelz, die freilich Cosack a. a. O. als nicht einlagerungsfähige Gegenstände bezeichnet. Sind lebende Tiere in einem verschlossenen Behältnis (z. B. Geflügelkäfig, Fischkasten) untergebracht, so kann dieses Behältnis Gegenstand eines Lagervertrages sein (Düringer III, 505; Makower § 416 II b 1).

Anm. 11. **Zusatz. Welche Vorschriften finden auf das Lagergeschäft Anwendung?** Die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts und ergänzend die sonstigen Vorschriften der §§ 688 ff. BGB. (Siehe oben Anm. 5.)

§ 417.

§ 417. **Auf die Rechte und Pflichten des Lagerhalters in Ansehung der Empfangnahme, Aufbewahrung und Versicherung des Gutes finden die für den Kommissionär geltenden Vorschriften der §§ 388 bis 390 Anwendung.**

Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, so hat der Lagerhalter den Einlagerer hiervon unverzüglich zu benachrichtigen. Versäumt er dies, so hat er den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Lit.: wie zu § 416.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ordnet die Pflicht des Lagerhalters für die Erhaltung des Gutes** und zwar in der Weise, daß die §§ 388—390 für anwendbar erklärt werden und im Abs. 2 nur eine Vorschrift hinzugefügt wird.

Anm. 1. 1. § 388: Der Lagerhalter hat hiernach, wenn sich das ihm zugesandte Gut bei der Ablieferung in einem beschädigten oder mangelhaften Zustande, der äußerlich erkennbar ist, befindet, die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer zu wahren, für den Beweis des Zustandes zu sorgen und dem Einlagerer unverzüglich Nachricht zu geben. Im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatz verpflichtet.

Anm. 2. Wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt ist, oder später Veränderungen an dem Gut eintreten, die dessen Entwertung befürchten lassen, und keine Zeit vorhanden ist, die Verfügung des Einlagerers einzuholen, oder der Einlagerer in der Erteilung der Verfügung säumig ist, so hat der Lagerhalter das Recht, den Verkauf des Gutes nach Maßgabe des § 373 zu bewirken. Er ist aber hierzu nicht verpflichtet.

Anm. 3. Das nähere hierüber vgl. in der Erläuterung zu § 388. Unser § 417 fügt im Abs. 2 noch hinzu, daß, wenn Veränderungen an dem Gute eintreten, die dessen Entwertung befürchten lassen, der Lagerhalter die Pflicht hat, den Einlagerer hiervon unverzüglich zu benachrichtigen. Vorausgesetzt ist hierbei, daß der Lagerhalter diese Veränderungen bemerkt hat oder bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Lagerhalters hätte bemerken können. Versäumt er die unverzügliche Benachrichtigung, so hat er den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Das Recht zum Notverkauf nach § 388 Abs. 2 ist ihm dadurch nicht genommen.

Der Lagerhalter ist mangels eines Handelsbrauchs nicht verpflichtet, dem Einlagerer nach Auslieferung eines Teiles der eingelagerten Ware an einen durch einen Lieferungsschein legitimierten Dritten das Gewicht des ausgelieferten Teiles unverzüglich unter Übersendung einer Wiegenote mitzuteilen. Wenn der Lagerhalter dies aber im bisherigen Geschäftsverkehr

Digitized by Google

mit dem Einlagerer getan hat, so bleibt er auch ferner dazu verpflichtet, bis er eine gegen- § 417.
teilige Erklärung abgegeben hat (OLG. Hamburg SeuffA. 56, 194).

2. § 389: Der Lagerhalter hat die Rechte aus § 373, wenn der Einlagerer über das Gut Anm. 4.
zu verfügen unterläßt, obwohl er nach Lage der Sache dazu verpflichtet ist (näheres siehe zu § 389).

3. § 390: Hiernach ist der Lagerhalter für den Verlust und die Beschädigung des in seiner Anm. 5.
Verwahrung befindlichen Gutes, z. B. infolge Zusammenlagerung geruchsempfindlicher Ware mit übelriechender verantwortlich; jedoch nicht unbedingt, vielmehr haftet er nur für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, selbstverständlich für die Sorgfalt eines Kaufmanns dieses Geschäftszweiges (D. 250), also für die Sorgfalt eines ordentlichen Lagerhalters, nicht nur für kaufmännische Sorgfalt im allgemeinen (JW. 06, 814[10]). Der Einlagerer hat zu beweisen, daß der Verlust oder die Beschädigung während der Verwahrung erfolgt ist. Der Verlust während der Verwahrung wird durch das im Lagerschein enthaltene Empfangsbekenntnis des Lagerhalters und die Tatsache, daß er zur Rückgabe des Gutes außerstande ist, nachgewiesen. Bezeichnet aber der Lagerschein nur die Behältnisse und den Inhalt derselben als unbekannt, so bedarf es eines besonderen Nachweises für das Vorhandensein des Inhalts bei der Einlagerung (RG. in LZ. 07, 350). Sache des Lagerhalters ist es, nachzuweisen, daß der eingetretene Verlust oder die eingetretenen Beschädigungen auf Umständen beruhen, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Lagerhalters nicht abgewendet werden konnten (JW. 01, 655[15]). Der Lagerhalter hat die ihm obliegende Sorgfalt verletzt, wenn er einem Gelegenheitsarbeiter, dessen Zuverlässigkeit er nicht geprüft hat, ohne weitere Aufsicht Zutritt zum Lager gestattet, und ihm dadurch die Möglichkeit zu einem Diebstahl gewährt (RG. in BayZeitschr. 1, 242). Behauptet der Lagerhalter, daß der Schaden „durch inneren Verderb" der Ware eingetreten ist, so hat er dies zu beweisen, und zwar auch dann, wenn die Ware ihm in einem Zustand eingeliefert worden ist, der ihren inneren Verderb zur Folge haben konnte, z. B. bei Feuchtigkeit eines zur Aufbewahrung übergebenen Gemäldes. Den ihm hiernach obliegenden Beweis kann der Lagerhalter aber auch mittelbar durch den Nachweis erbringen, daß der Schaden nach Lage der Umstände sich auf eine andere Ursache als die bei Einlieferung der Ware bereits vorhandene Beschaffenheit derselben nicht zurückführen lasse (JW. 06, 814[10]). Hat der Lagerhalter die Lagerung und Aufbewahrung durch einen Dritten vornehmen lassen (vgl. § 416 Anm. 7), so kann er gegen diesen bei einem eingetretenen Schaden das Interesse des Einlagerers geltend machen (vgl. § 408 Anm. 5).

Wegen Unterlassung der Versicherung ist der Lagerhalter nach § 390 Abs. 2 nur ver- Anm. 6.
antwortlich, wenn er von dem Einlagerer angewiesen war, die Versicherung zu bewirken.

Näheres siehe in den Erläuterungen zu § 390. Anm. 7.

4. Die Einschränkung der gesetzlichen Haftung durch Vereinbarung ist zulässig. Doch kann die Haftung wegen eigenen Vorsatzes durch Abrede nicht ausgeschlossen werden, wohl aber die Haftung für eigenes grobes Versehen und für vorsätzliches Handeln der Erfüllungsgehilfen (§§ 276 u. 278 BGB.).

Zusatz 1. Ergänzend finden auf die Aufbewahrungspflichten die Vorschriften des BGB. Anwendung. Insbesondere kommen hier in Betracht:

a) § 691 BGB. Er lautet: Anm. 8.

> Der Verwahrer ist im Zweifel nicht berechtigt, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen. Ist die Hinterlegung bei einem Dritten gestattet, so hat der Verwahrer nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 verantwortlich.

Danach ist für den Regelfall anzunehmen, daß der Lagerhalter die ihm zur Lagerung übergebenen Güter nur in seinen eigenen Lagerräumen lagern darf.

Hat er, ohne hierzu berechtigt zu sein, die Lagerung und Aufbewahrung von einem Dritten vornehmen lassen (vgl. § 416 Anm. 7), so haftet er für allen Schaden, der hieraus entsteht, und zwar auch dann, wenn den Dritten kein Verschulden trifft. Denn er hat in diesem Falle nicht

Digitized by Google

§ 417. für den Dritten als seinen Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB. einzustehen, sondern er haftet auf Grund seiner Vertragsverletzung (vgl. Oertmann § 691 Anm., § 664 Anm. 2b).

Anm. 9. b) § 692 BGB. Er lautet:

> Der Verwahrer ist berechtigt, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Hinterleger bei Kenntnis der Sachlage die Aenderung billigen würde. Der Verwahrer hat vor der Aenderung dem Hinterleger Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Hierbei ist besonders an gefahrvolle Lagen zu denken: Feuersbrunst, Überschwemmung, Krieg. In derartigen Fällen ist der Lagerhalter auch verpflichtet, die zur Rettung des Gutes erforderliche Änderung der Aufbewahrung vorzunehmen (vgl. § 418 Anm. 4), er kann aber die sofortige Rücknahme des Gutes verlangen (§ 422 Abs. 2). Die durch die Änderung der Aufbewahrungsart entstehenden Auslagen sind dem Lagerhalter gemäß § 420 HGB. (vgl. auch § 695 BGB.) zu ersetzen.

Anm. 10. **Zusatz 2. Auch der Einlagerer hat gegenüber dem Hinterleger Pflichten, welche sich aus der Beschaffenheit der Sache ergeben.** Hierüber bestimmt § 694 BGB. Er lautet:

> Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kennt noch kennen muß oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat.

Unter Umständen ist der Einlagerer auch verpflichtet, den Lagerhalter auf den hohen Wert der übergebenen Sachen aufmerksam zu machen (RG. in LZ. 07, 350[5]).

§ 418.

§ 418. Der Lagerhalter hat dem Einlagerer die Besichtigung des Gutes, die Entnahme von Proben und die zur Erhaltung des Gutes nothwendigen Handlungen während der Geschäftsstunden zu gestatten.

Lit.: wie zu § 416.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gibt dem Einlagerer das Recht der Besichtigung des Gutes, der Entnahme von Proben und der zur Erhaltung des Gutes notwendigen Handlungen während der Geschäftsstunden.**

Anm. 1. 1. Alle diese Handlungen sind erforderlich, um dem Einlagerer die Möglichkeit zu gewähren, zu prüfen, ob das Gut noch in gutem Zustande sich befindet und seinen Handelswert behält, damit er gegebenenfalls die nötigen Maßregeln treffen kann, um das Gut zu erhalten oder in besseren Zustand zu bringen.

Anm. 2. 2. Während der Geschäftsstunden hat der Einlagerer dieses Recht. Selbstverständlich während der Geschäftsstunden des Lagerhalters, aber in diesen zu jeder Zeit, und so oft es ihm beliebt. Eine schikanöse Ausübung dieses Rechts ist natürlich nicht gestattet.

Die Besichtigung und die sonstigen Handlungen kann der Einlagerer auch durch geeignete Bevollmächtigte ausüben. Sie sind überhaupt so auszuüben, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 BGB.).

Anm. 3. 3. Verletzt der Lagerhalter diese seine Verpflichtungen, so ist er nach allgemeinen Grundsätzen zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. § 347 Anm. 11). Wenn Burchard in EisenbE. 16, 291 Note 1 den § 823 Abs. 2 BGB. heranzieht, so übersieht er, daß dieser sich auf unerlaubte Handlungen bezieht, während es sich hier um ein Vertragsverhältnis handelt.

Anm. 4. 4. Durch die Einräumung dieser Rechte an den Einlagerer soll nicht etwa angedeutet werden, daß der Lagerhalter nicht die Pflicht hat, auf die Erhaltung des Gutes bedacht zu sein. Diese Verpflichtung ist ihm vielmehr durch die §§ 390, 417 insoweit auferlegt, als die Verpflichtungen eines ordentlichen Lagerhalters dies mit sich bringen. Der vorliegende Paragraph will nur besagen, daß es dem Eigentümer nicht benommen werden kann, das Gut zu besichtigen, auch wenn es in den Räumen eines Lagerhalters lagert. Die Äußerung der D. 280: „Eine

Digitized by Google

Verpflichtung, die zur Erhaltung der Ware notwendigen Arbeiten selbst vornehmen zu lassen, kann dem Lagerhalter nicht auferlegt werden" ist hiernach in ihrer Allgemeinheit nicht zutreffend (ebenso Dernburg II 2 § 352 Anm. 8; Düringer-Hachenburg III, 509; Burchard in EisenbE. 16, 291). Der Lagerhalter ist insbesondere verpflichtet, bei Unglücksfällen für die Rettung des Gutes zu sorgen. § 418.

§ 419.

Im Falle der Lagerung vertretbarer Sachen ist der Lagerhalter zu ihrer Vermischung mit anderen Sachen von gleicher Art und Güte nur befugt, wenn ihm dies ausdrücklich gestattet ist. § 419.

Der Lagerhalter erwirbt auch in diesem Falle nicht das Eigenthum des Gutes; aus dem durch die Vermischung entstandenen Gesammtvorrathe kann er jedem Einlagerer den ihm gebührenden Antheil ausliefern, ohne daß er hierzu der Genehmigung der übrigen Betheiligten bedarf.

Ist das Gut in der Art hinterlegt, daß das Eigenthum auf den Lagerhalter übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.

Lit.: wie zu § 416.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph erörtert einige Sonderfragen betreffend die Lagerung vertretbarer Sachen. Zunächst wird im Abs. 1 hervorgehoben, daß der Lagerhalter ohne ausdrückliche Ermächtigung nicht berechtigt ist, die Sachen miteinander zu vermengen. Im Abs. 2 wird hervorgehoben, daß er auch dann, wenn ihm dies ausdrücklich gestattet ist, nicht Eigentümer des Gutes wird, und daß er, wenn er die Vermischung bewirkt hat, jedem Einlagerer einen Anteil am Gesamtvorrat ausliefern kann, ohne daß es der Genehmigung der übrigen Beteiligten bedarf.

Im dritten Absatz ist dann endlich gesagt, daß überhaupt kein Lagergeschäft vorliegt, wenn vereinbart ist, daß das Eigentum auf den Lagerhalter übergehen soll.

Anm. 1.

1. (Abs. 1). **Die Einlagerung vertretbarer Sachen ohne ausdrückliche Genehmigung der Vermischung.** Durch die Einlagerung und die Aufbewahrung vertretbarer Sachen wird der Lagerhalter selbstverständlich nicht Eigentümer der Sachen. Ebensowenig kann er es allein dadurch werden, daß er die eingelagerten Sachen mit eigenen oder Sachen anderer Einlagerer von der gleichen Art vermischt; denn in beiden Fällen werden nach § 948 BGB. die bisherigen Eigentümer Miteigentümer und zwar nach dem Verhältnisse des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Vermischung haben (§ 947 BGB.). Da aber der Lagerhalter, wenn ihm die Vermischung gestattet ist, nach § 419 Abs. 2 Satz 2 eine Verfügungsbefugnis über die vermischten Sachen erhält, so wird zur Klarstellung in Abs. 2 Satz 1 ausdrücklich hervorgehoben, daß der Lagerhalter auch in diesem Falle nicht das Eigentum erwirbt. Der Lagerhalter hat kein Recht, vertretbare Sachen zu vermischen; vielmehr hat er die Verpflichtung, die ihm übergebenen Sachen in Natur zurückzugeben. Gibt er infolge einer Verwechselung andere Sachen zurück, so wird der Empfänger nicht Eigentümer, denn die Absicht des Empfängers ist nicht auf Eigentumserwerb durch Übergabe gerichtet. Er will nicht Eigentum *erwerben*, sondern er will sein Eigentum zurückerhalten. Das gleiche gilt, wenn jemand durch Abtretung des Herausgabeanspruchs oder durch Indossament des Lagerscheins das Eigentum von eingelieferten vertretbaren Sachen erwirbt und aus Verwechselung fremde Sachen erhält. Er wird Eigentümer durch die Abtretung und durch den Erwerb des indossierten Lagerscheins; er will aber nicht bei der Übergabe des Gutes durch diese Übergabe Eigentum erwerben, sondern die bereits sein Eigentum gewordenen Sachen ausgeliefert erhalten.

Digitized by Google

§ 419. Das Recht zu vermischen hat der Lagerhalter nur bei ausdrücklicher Ermächtigung.

Anm. 2. Ausdrücklich, d. h. unzweideutig mit Worten muß die Ermächtigung erteilt sein (vgl. § 405 Anm. 5). Hat der Lagerhalter ohne ausdrückliche Ermächtigung die Vermischung vorgenommen, so hat er den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen (vgl. § 347 Anm. 11). Der Einlagerer kann den Schaden geltend machen, der ihm dadurch erwächst, daß an Stelle seines Alleineigentums ein Miteigentumsanteil getreten ist. Er kann sich aber auch auf den Standpunkt stellen, daß der Lagerhalter die individuellen eingelagerten Sachen nicht mehr zurückgeben kann, daß diese also in Verlust geraten sind, und ist daher berechtigt, den Wert der eingelagerten Sachen als Schadensersatz zu beanspruchen. Nur muß er in diesem Falle seinen Miteigentumsanteil an den Lagerhalter abtreten.

Anm. 3. 2. (Abs. 2). **Der Fall der Einlagerung vertretbarer Sachen mit Genehmigung der Vermischung.** Die Genehmigung muß ausdrücklich geschehen (vgl. oben Anm. 2), und sie muß von sämtlichen beteiligten Einlagerern erteilt sein. Durch die Vermischung werden die mehreren Beteiligten Miteigentümer (vgl. oben Anm. 1). Während aber sonst bei bestehendem Miteigentum die Miteigentümer über den gemeinschaftlichen Gegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können, insbesondere bei einer Aufhebung der Gemeinschaft durch Teilung in Natur die Mitwirkung sämtlicher Teilhaber erforderlich ist (§§ 747 Abs. 2, 752 BGB.), wird in unserem Abs. 2 dem Lagerhalter das Recht eingeräumt, die Teilung in Natur ohne Genehmigung der übrigen Beteiligten in der Weise zu vollziehen, daß er aus dem durch die Vermischung entstandenen Gesamtvorrat jedem Einlagerer seinen Teil ausliefert. Die Ausscheidungsbefugnis steht dem Lagerhalter kraft eignen Rechts zu. Er hat hierbei die Stellung eines Treuhänders. Nach §§ 417, 390 haftet der Lagerhalter für die sachgemäße Ausführung der Teilung (vgl. unten Anm 4 u. 6).

Anm. 4. Liefert er hierbei einem Beteiligten zu wenig, dem andern zu viel aus, so erwirbt der letztere, wenn er gutgläubig ist, gleichwohl das Eigentum an den ihm zugeteilten Sachen (§ 932 BGB., § 366 HGB.). Dem hiernach verkürzten Beteiligten bleibt nach § 812 BGB. der Anspruch an die übrigen Beteiligten auf eine Vergütung in Geld nach den Regeln von der ungerechtfertigten Bereicherung, selbstverständlich auch gegen den Lagerhalter auf Schadensersatz wegen Verletzung seiner Pflichten als Lagerhalter (Burchard in EisenbE. 16, 295; Düringer-Hachenburg III, 513; Makower § 419 III d 2). Wenn der Einlagerer, der zuviel erhalten hat, nicht in gutem Glauben ist, so erwirbt er kein Eigentum; die ganze ihm zugeteilte Menge verbleibt vielmehr im Miteigentum sämtlicher Beteiligten. Ein Eigentumserwerb an dem seinem Anteil entsprechenden Teil der Menge ist nicht möglich, da sonst an dieser ein verschiedenen Berechtigten zustehendes Eigentum entstehen würde, was den §§ 948, 947, 93 BGB. widersprechen würde (a. M. Düringer-Hachenburg und Makower a. a. O.). Ist das zuviel Erhaltene aber im Verhältnis zu der seinem Anteil entsprechenden Menge nur gering, so wird der Einlagerer trotz seines bösen Glaubens nach §§ 948, 947 Abs. 2 BGB. Eigentümer der ganzen erhaltenen Menge.

Anm. 5. Nach dem Wortlaut des Gesetzes „kann" der Lagerhalter diese Auslieferung von Anteilen bewirken. Allein es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz hiermit dem Lagerhalter nur das Recht und nicht auch die Pflicht erteilt hat, die Teilung des Vorrats in dieser Weise vorzunehmen. Da er es tun kann, so muß er es auch. Denn dieses Verfahren allein entspricht dem Wesen und dem Sinne eines solchen Lagergeschäfts. Mit dem Dritten will der Einlagerer in diesem Falle nichts zu tun haben, sondern lediglich mit dem Lagerhalter. Der Einlagerer will, wenn er die Vermischung gestattet, ohne weiteres einen Anspruch auf Herausgabe von Waren der gleichen Menge und der gleichen Güte haben. Um diesen Anspruch befriedigen zu können, hat unser Abs. 2 dem Lagerhalter das Recht zu solcher Teilung gegeben (übereinstimmend Makower § 419 III c; Dernburg II 2 § 352 V).

Anm. 6. Verluste und Beschädigungen, die nach der Vermischung eintreten, haben die Beteiligten gemeinsam zu tragen, soweit nicht der Lagerhalter nach §§ 417, 390 dafür einzustehen hat. Der Lagerhalter hat bei der Zuscheidung an die einzelnen Einlagerer die eingetretene

Digitized by Google

Minderung des Gutes entsprechend den Anteilen der Einlagerer zu berücksichtigen. Es liegt § 419.
ihm aber nicht die Verpflichtung ob, vor jeder Ausscheidung durch Wiegen, Messen usw. festzustellen, ob nicht ein Schwund des Gutes eingetreten ist. Stellt sich erst nach Auslieferung eines Anteils die eingetretene Minderung heraus, so haben die übrigen Einlagerer gegen den zu seinem vollen Anteil befriedigten Einlagerer einen Bereicherungsanspruch. Ein Schadensersatzanspruch gegen den Lagerhalter steht ihnen, sofern nicht der Lagerhalter für die Minderung selbst haftet, nur dann zu, wenn der Lagerhalter bei der Teilung die Minderung kannte oder bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Lagerhalters z. B. bei Verringerung des von der Ware eingenommenen Raumes hätte erkennen müssen. Bei einer teilweisen Beschädigung hat der Lagerhalter jedem Einlagerer einen entsprechenden Anteil an dem unbeschädigten und an dem beschädigten Teil auszuliefern (RG. in Holdheim 15, 105).

Rechte Dritter erlöschen durch die Vermischung nicht. Vielmehr bestehen sie an Anm. 7.
den Teilen fort (§ 949 BGB.). Vgl. z. B. über das Pfandrecht an dem Anteile eines Miteigentümers § 1258 BGB.

Die Abtretung des Anteilsrechts des Einlagerers geschieht, wenn dem Lagerhalter Anm. 8.
die Vermischung gestattet war, durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Anteils, und, wenn dem Lagerhalter die Vermischung nicht gestattet war, durch Abtretung des dem Einlagerer nach §§ 1011, 432 BGB. zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der ganzen durch Vermischung entstandenen Menge an sämtliche Anteilsberechtigten (§ 931 BGB.). Ist der Lagerhalter durch Vermischung mit eigenen Sachen selbst Miteigentümer geworden, so vereinfacht sich der Anspruch auf Herausgabe zu dem Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes.

Die Verpfändung des Anteilsrechts geschieht gleichfalls durch Abtretung des Anspruchs gegen den Lagerhalter auf Herausgabe, sei es des Anteils im Falle des § 419 Abs. 1, sei es der ganzen Menge oder des Anspruchs auf Einräumung des Mitbesitzes und ferner durch Anzeige der Verpfändung an den Lagerhalter (§§ 1205, 870 BGB.). Hervorzuheben ist hierbei, daß auch die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Anteils den Mitbesitz an der ganzen Menge überträgt, und daß eine Anzeige an den Lagerhalter auch dann erforderlich ist, wenn dieser Miteigentümer geworden ist.

Die Pfändung erfolgt bei gestatteter Vermischung durch Pfändung des Anspruchs des Einlagerers auf Herausgabe seines Anteils. Mit der Herausgabe an den Gerichtsvollzieher nach § 847 CPO. erwirbt der Gläubiger das Pfandrecht an dem Anteil selbst, nicht nur ein Pfandrecht an dem Anteilsrecht. Bei nicht gestatteter Vermischung ist zu unterscheiden: Hat der Lagerhalter die eingelagerten Sachen mit eigenen vermischt, so hat der Gläubiger das Anteilsrecht des Einlagerers nach § 857 Abs. 1 u. 2 CPO. zu pfänden. Auf Grund der Pfändung erwirbt der Gläubiger die Rechte des § 1258 Abs. 1, § 751 Satz 2 BGB. Sind die eingelagerten Sachen mit Sachen anderer Einlagerer vermischt worden, dann muß der Gläubiger zunächst entweder den Anspruch des Einlagerers gegen den Lagerhalter auf Herausgabe der ganzen Menge an ihn und die übrigen Einlagerer oder den Anspruch des Einlagerers auf Ablieferung an einen gerichtlich bestellten Verwahrer (§§ 1011, 432 BGB.) im Wege der §§ 827, 847 CPO. pfänden. Hierdurch erwirbt er aber noch kein Pfandrecht an dem Anteilsrecht; vielmehr bedarf es hierzu gegenüber den anderen beteiligten Einlagerern der Pfändung des Anteilsrechts gemäß § 857 Abs. 1 u. 2 CPO. Der Gläubiger kann freilich auch den Ersatzanspruch des Einlagerers pfänden (vgl. § 419 Anm. 2). Da der Lagerhalter jedoch zur Zahlung des Wertersatzes nur gegen Abtretung des Miteigentums des Einlagerers verpflichtet ist, so muß der Gläubiger auch dieses Miteigentum pfänden und auf dem Wege des § 857 Abs. 5 CPO. zu erwerben suchen; dazu ist aber wiederum das geschilderte Verfahren erforderlich. Eine Verwertung des gepfändeten Ersatzanspruchs gemäß § 844 CPO. wird kaum zum Ziele führen.

3. (Abs. 3.) **Das Sammellagergeschäft.** Soll nach der Abrede der Lagerhalter Eigentümer Anm. 9.
werden, so liegt kein eigentliches Lagergeschäft vor; schon nach § 700 BGB. finden in solchem

Digitized by Google

§ 419. Falle die Regeln über das Darlehn Anwendung, und auch beim handelsrechtlichen Lagergeschäft soll nichts anderes gelten. Dies bestimmt unser § 419 Abs. 3. Nur Zeit und Ort der Rückgabe richten sich nach den Regeln vom Verwahrungsvertrage (§ 700 Abs. 1 Satz 3 BGB.). Über das Summenlagergeschäft bei Wertpapieren siehe Erk. zu § 424.

§ 420.

§ 420. **Der Lagerhalter hat Anspruch auf das bedungene oder ortsübliche Lagergeld sowie auf Erstattung der Auslagen für Fracht und Zölle und der sonst für das Gut gemachten Aufwendungen, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte.**

Von den hiernach dem Lagerhalter zukommenden Beträgen (Lagerkosten) sind die baaren Auslagen sofort zu erstatten. Die sonstigen Lagerkosten sind nach dem Ablaufe von je drei Monaten seit der Einlieferung oder, wenn das Gut in der Zwischenzeit zurückgenommen wird, bei der Rücknahme zu erstatten; wird das Gut theilweise zurückgenommen, so ist nur ein entsprechender Theil zu berichtigen, es sei denn, daß das auf dem Lager verbleibende Gut zur Sicherung des Lagerhalters nicht ausreicht.

Lit.: wie zu § 416.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt den Anspruch des Lagerhalters auf seine Vergütungen.** Er hat Anspruch auf Lohn und Erstattung von Auslagen für Fracht und Zölle und sonstiger auf das Gut gemachten Aufwendungen, **alles dies zusammen nennt das Gesetz Lagerkosten.** Dieser zusammenfassende Begriff ist wegen der Fälligkeitsbestimmungen des Abs. 2 und wegen des Pfandrechts nach § 421 wichtig.

Anm. 1. **I. Welches sind die Lagerkosten?**

1. **Der Anspruch auf das Lagergeld.** Das kann vereinbart sein. Wenn es nicht vereinbart ist, so hat der Lagerhalter Anspruch auf das ortsübliche Lagergeld. Besteht keine Ortsübung, können insbesondere auch nicht die tarifmäßigen Sätze der Eisenbahn über Lager- und Platzgeld als ortsüblich angesehen werden (OLG. Breslau Recht 02, 587), dann greift § 316 BGB. Platz, nach dem der Lagerhalter den Preis selbst bestimmen kann, sich aber richterliche Ermäßigung gefallen lassen muß, wenn er den Preis willkürlich hoch bestimmt hat (vgl. Erk. vor § 373 Anm. 26 ff.).

Anm. 2. Endigt die Einlagerung vor dem Ablauf der für sie bestimmten Zeit, so greift der § 699 Abs. 2 BGB. Platz, nach dem der Lagerhalter in diesem Falle einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen kann. Der „den bisherigen Leistungen entsprechende Teil der Vergütung" ist nach den gesamten Umständen des Falles festzusetzen. Es darf hiernach nicht immer das gesamte Lagergeld entsprechend dem Zeitablauf verteilt werden. Es kann sein, daß die Leistungen des Verwahrers in der abgelaufenen Zeit wertvoller waren, als sie in der noch ausstehenden Lagerzeit zu erwarten waren. Dagegen kann nicht in Betracht gezogen werden, daß der Lagerhalter für die gesamte bedungene Lagerzeit die Räume freigehalten und über sie nicht anderweit verfügt hat und nunmehr Gefahr läuft, die Räume für die übrige Vertragszeit leer zu behalten. Das gehört nicht zu den bisherigen Leistungen.

War die Aufbewahrung des Gutes unsachgemäß, so verliert dadurch der Lagerhalter nicht seinen Anspruch auf das Lagergeld, sofern nur noch die Aufbewahrung als Erfüllung, wenn auch als mangelhafte Erfüllung angesehen werden kann (anders OLG. Karlsruhe BadRpr. 06, 277). Die unsachgemäße Art der Aufbewahrung kann den Lagerhalter aber schadensersatzpflichtig machen (§§ 390, 417).

Digitized by Google

2. **Zu den Lagerkosten gehört ferner der Anspruch auf Erstattung der Auslagen** für Fracht und Zölle und der sonst für das Gut gemachten Aufwendungen, soweit der Lagerhalter sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Dazu gehören insbesondere auch die Kosten der Versicherung und der zur Erhaltung des Gutes erforderlichen Arbeiten, soweit er diese Aufwendungen für erforderlich halten durfte (D. 251). Nicht gehören dazu die Ansprüche aus Vorschüssen und auf Ersatz von Schäden, die durch die Beschaffenheit der Waren an anderen Gütern verursacht worden sind, so z. B. wenn das Getreide muffig geworden ist und die Nachbarlager verdorben hat (D. 252). Damit ist natürlich nicht gesagt, daß der Einlagerer solche Ansprüche nicht zu befriedigen braucht, sondern nur, daß sie nicht zu dem technischen Begriff der Lagerkosten gehören, so daß auf sie der § 420 Abs. 2 und der § 421 keine Anwendung findet. § 420. Anm. 3.

Von den Auslagen kann der Lagerhalter auch 5 % Zinsen verlangen (§§ 354 Abs. 2, 352 Abs. 2).

II. **Die Fälligkeit der Lagerkosten.** Die baren Auslagen sind sofort zu erstatten, die sonstigen Lagerkosten von drei zu drei Monaten seit der Einlieferung, jedenfalls aber bei der Zurücknahme. Wird das Gut teilweise zurückgezogen, so ist nur ein entsprechender Teil der sonstigen Lagerkosten zu berichtigen. Reicht aber, was der Lagerhalter im Streitfalle nachzuweisen hat, das verbleibende Gut zur Sicherung des Lagerhalters für die sonstigen Lagerkosten nicht aus, so ist ein solcher Betrag zu zahlen, daß der Lagerhalter durch sein Pfandrecht am zurückbleibenden Gut gedeckt ist (§ 421). Sind noch Auslagen rückständig, so kann der Lagerhalter ohne Rücksicht auf den Wert des zurückbleibenden Gutes die Herausgabe verweigern. Anm. 4.

Zusatz. Der Erfüllungsort. Für den Erfüllungsort greift die allgemeine Bestimmung des § 269 BGB. Platz. Danach ist zunächst der Ort maßgebend, der sich aus der Natur des Verhältnisses ergibt. Die Natur des Verhältnisses ergibt, daß der Einlagerer am Wohnsitz des Lagerhalters die Lagerkosten zu zahlen hat. Denn nach § 420 hat er „bei der Rücknahme" zu zahlen. Die Rücknahme erfolgt aber am Ort der Aufbewahrung (§ 697 BGB.), und das ist in der Regel der Wohnsitz oder Niederlassungsort des Lagerhalters (übereinstimmend Lehmann-Ring § 416 Nr. 4; anders RG. in JW. 02, 81 [79]; OLG. Karlsruhe OLGR. 3, 42; Düringer-Hachenburg III, 515; Makower § 420 II b; Staudinger § 697 Bem. 3). Das Reichsgericht meint, die Worte „bei der Rücknahme" bedeuten nur eine Zeitangabe, aber keine Ortsangabe. Allein sie besagen, daß die Lagerkosten Zug um Zug gegen die Rücknahme zu bezahlen sind (vgl. auch Oertmann § 699 Anm. 1). Daraus ergibt sich aber sowohl die Zeit als auch der Ort der Zahlung. Ebensowenig ist der Hinweis des OLG. Karlsruhe auf den Erfüllungsort der Kaufpreisschuld durchschlagend. Der Verkäufer braucht allerdings auch nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises die verkaufte Sache zu übergeben. Aber auch der Käufer hat nur Zug um Zug gegen Übergabe der Sache den Kaufpreis zu zahlen. Es geht daher nicht an, aus der Berechtigung des Verkäufers, Zug um Zug die Zahlung zu verlangen, auf den Erfüllungsort für die Zahlung zu schließen, da dieser Berechtigung die Verpflichtung des Verkäufers gegenübersteht, seinerseits Zug um Zug die Übergabe der Sache vorzunehmen. Hätte dagegen der Käufer bei dem Akt den Kaufpreis zu zahlen, durch den der Verkäufer sich des Gewahrsams der Sache entledigt, so wäre dadurch ein Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises bestimmt, nämlich der Wohnort des Verkäufers. So aber liegt die Sache hier. Anm. 5.

§ 421.

Der Lagerhalter hat wegen der Lagerkosten ein Pfandrecht an dem Gute, solange er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. § 421.

Lit.: wie zu § 416.

Der vorliegende Paragraph gibt dem Lagerhalter ein gesetzliches Pfandrecht an dem Gute. Anm. 1.

1. **Wegen der Lagerkosten** besteht das Pfandrecht. Das sind die im Abs. 1 des vorigen Paragraphen erwähnten Ansprüche (vgl. § 420 Anm. 1—3). Er hat also das Pfandrecht nicht

Digitized by Google

§ 421. wegen Vorschüsse und Darlehn, die er auf das Gut gegeben hat, auch nicht wegen Forderungen aus laufender Rechnung.

Anm. 2. 2. **An dem Gute.** Das ist das eingelagerte Gut. Das Pfandrecht ergreift das ganze eingelagerte Gut, nicht etwa nur einen zur Sicherung der Forderung des Lagerhalters ausreichenden Teil (OLG. Dresden, SächsA. 13, 577). Der Lagerhalter darf jedoch auf Grund seines Pfandrechtes dem Einlagerer die Rücknahme eines Teiles des eingelagerten Gutes nicht verweigern, wenn der Einlagerer die auf dem Gute ruhenden Auslagen und den auf den zurückgeforderten Teil entfallenden Betrag der sonstigen Lagerkosten berichtigt, sofern das auf dem Lager zurückbleibende Gut zur Sicherung des Lagerhalters ausreicht (vgl. § 420 Anm. 4).

Anm. 3. 3. **Solange er es im Besitz hat,** insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Darüber siehe § 410 Anm. 7 und § 397 Anm. 3.

Anm. 4. 4. **Muß es dem Einlagerer gehören?** An sich ja. Doch wird das mangelnde Eigentum ersetzt durch den guten Glauben des Lagerhalters an das Eigentum des Einlagerers und auch durch den guten Glauben an seine Verfügungsbefugnis (§ 366 Abs. 3 HGB.). Der letztere gute Glaube besteht hier darin, daß der Lagerhalter den Einlagerer für befugt hielt, die Ware in der geschehenen Weise einlagern zu lassen (vgl. § 410 Anm. 8). Der Einlagerer braucht kein Kaufmann zu sein, damit dieser Schutz des guten Glaubens eintritt (vgl. § 366 Anm. 62).

Anm. 5. 5. **Das Nähere über dieses Pfandrecht,** insbesondere auch seine Rechtswirkungen und seine Verwirklichung s. § 410 Anm. 9ff.

Anm. 6. **Zusatz 1. Der Lagerhalter kann sich auch ein vertragsmäßiges Pfandrecht bestellen lassen,** und dieses kann sich dann auch auf weitere Ansprüche als die Lagerkosten erstrecken. Aber er genießt dann den Schutz des guten Glaubens nur wie auch sonst beim Erwerb vertragsmäßiger Pfandrechte. Insbesondere greift der erhöhte Schutz des guten Glaubens nach § 366 HGB. (nach dem der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Einlagerers genügt) hier nur dann Platz, wenn der Einlagerer Kaufmann ist, die Einlagerung im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt und er nach Lage der Sache befugt erscheint, über die Ware zu verfügen, d. h. dingliche Rechte an ihr zu bestellen.

Anm. 7. **Zusatz 2. Der Lagerhalter hat unter den Voraussetzungen des § 369 auch das Zurückbehaltungsrecht.** Insbesondere wird dies wegen der Forderung aus laufender Rechnung oder aus Vorschüssen aushelfen müssen, für die das gesetzliche Pfandrecht nicht besteht (vgl. oben Anm. 1). Daß dieses dem Verfolgungsrecht des unbezahlten Absenders zu weichen hat, darüber s. Ext. zu § 382 Anm. 98ff.

§ 422.

§ 422. Der Lagerhalter kann nicht verlangen, daß der Einlagerer das Gut vor dem Ablaufe der bedungenen Lagerzeit und, falls eine solche nicht bedungen ist, daß er es vor dem Ablaufe von drei Monaten nach der Einlieferung zurücknehme. Ist eine Lagerzeit nicht bedungen oder behält der Lagerhalter nach dem Ablaufe der bedungenen Lagerzeit das Gut auf dem Lager, so kann er die Rücknahme nur nach vorgängiger Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monate verlangen.

Der Lagerhalter ist berechtigt, die Rücknahme des Gutes vor dem Ablaufe der Lagerzeit und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Lit: wie zu § 416.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph legt dem Lagerhalter die Verpflichtung auf, das Gut die bedungene Zeit über lagern zu lassen und mangels einer bedungenen Zeit mindestens drei Monate.**

Anm. 1. 1. **Dem Lagerhalter** ist die Verpflichtung auferlegt. Auf den Einlagerer bezieht sich dies nicht. Über diesen s. unten Anm. 4.

Digitized by Google

2. **Die Lagerzeit ist die vertragsmäßige und in Ermangelung einer solchen eine dreimonatliche,** letzteres aber nur nach vorgängiger Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat. Wenn der Lagerhalter über die bedungene Lagerzeit das Gut auf dem Lager behält, ohne vorher die Rücknahme des Gutes zu verlangen, so kann die Rücknahme nunmehr gleichfalls erst mit einmonatlicher Kündigungsfrist verlangt werden. Jedoch ist in diesem Falle nicht erforderlich, daß seit der Einlieferung drei Monate verflossen sind. **§ 422.** Anm. 2.

Dem Verlangen des Lagerhalters auf Zurücknahme entspricht die Verpflichtung des Einlagerers die Rücknahme vorzunehmen. Durch die nicht rechtzeitige Rücknahme gerät er in Annahme- und Abnahmeverzug. Bei bedungener Lagerzeit tritt der Verzug nicht schon durch den bloßen Ablauf der Lagerzeit ein, sondern es ist weiter erforderlich, daß der Lagerhalter die Rücknahme auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Lagerzeit verlangt (anders Düringer-Hachenburg III 506; Makower § 422 Ia). Jedoch braucht der Lagerhalter hierbei die einmonatliche Kündigungsfrist nicht innezuhalten. Der Rücknahmeverzug gibt dem Lagerhalter das Recht zum Selbsthilfeverkauf nach § 373 (§§ 417, 389). Bei Ausstellung eines indossablen Lagerscheins ist der legitimierte Besitzer des Lagerscheins rücknahmepflichtig. Ihm gegenüber hat daher auch die Kündigung oder das Verlangen auf Rücknahme zu erfolgen. Ist seine Person dem Lagerhalter unbekannt, so ist § 132 BGB. anwendbar (vgl. Makower § 422 Id; Düringer-Hachenburg III 520, anders 5./6. Aufl. Anm. 2). Einer Androhung des Selbsthilfeverkaufs bedarf es in diesem Falle nicht (§ 373 Abs. 2 Satz 2).

3. **Die sofortige Kündigung** steht dem Lagerhalter aus wichtigem Grunde zu. Ein solcher liegt besonders vor, wenn das Gut sich anderen Waren als gefährlich erweist (D. 253). Ein weiterer Grund wird sein, daß die Ware gestohlenes Gut ist, oder wenn der Lagerspeicher baufällig wird (vgl. auch § 417 Anm. 9). Anm. 3.

Zusatz. Auf den Einlagerer bezieht sich die Vorschrift nicht. Dieser hat nach § 695 BGB. das Recht, das Gut jederzeit zurückzufordern, selbstverständlich nach Berichtigung der Verbindlichkeiten, wegen deren dem Lagerhalter ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an dem Gute zusteht (vgl. § 421). Hat ein Frachtführer wegen Nichtabnahme des Frachtgutes dieses auf Lager gegeben, so hat der Absender gegen den Lagerhalter nur dann einen Anspruch auf Zurückgabe des Gutes, wenn die Einlagerung im Namen und für Rechnung des Absenders erfolgt ist (RG. 32, 28). Anm. 4.

§ 423.

Auf die Verjährung der Ansprüche gegen den Lagerhalter wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes finden die Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung. Im Falle des gänzlichen Verlustes beginnt die Verjährung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem der Lagerhalter dem Einlagerer Anzeige von dem Verluste macht. § 423.

Lit: wie zu § 416.

Der vorliegende Paragraph ordnet eine Verjährung für Ansprüche gegen den Lagerhalter an wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes. Anm. 1.

Auf diese Verjährung finden die Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung. Es kann daher auf die Erl. zu § 414 verwiesen werden. Hinzuzufügen ist nur zur Deutlichkeit und zur Ergänzung folgendes:

a) Auch hier bezieht sich die Verjährung nur auf die Ansprüche gegen den Lagerhalter und nur auf bestimmte Ansprüche gegen ihn. Auf die Ansprüche des Lagerhalters findet die regelmäßige dreißigjährige Verjährung des § 195 BGB. Anwendung (Makower § 423 I; Düringer-Hachenburg III 521; anders 6./7. Aufl.; Lehmann-Ring § 423 Nr. 2). Anm. 2.

b) Im Falle des gänzlichen Verlustes beginnt die Verjährung mit dem Ablauf des Tages, an dem der Lagerhalter dem Einlagerer Anzeige von dem Verluste macht. Der Tag, an dem die Auslieferung hätte erfolgen sollen, kann hier nicht wie im § 414, als Beginn der Anm. 3.

Digitized by Google

§ 423. Verjährung festgesetzt werden, weil es an einem solchen bestimmten Tage fehlt, da der Einlagerer ja das Gut jederzeit zurückverlangen kann. Wo der Verlust eingetreten ist, ist gleichgültig. Das Gut kann auch schon vor der Einlieferung in Verlust geraten sein, sofern nur der Lagerhalter hierfür haftbar gemacht wird, z. B. weil er die Beförderung in den Lagerraum übernommen hat oder die Rechte des Einlagerers gegen den Frachtführer nicht gewahrt hat (RG. 60, 47). Als Verlustanzeige ist auch die Mitteilung des Lagerhalters anzusehen, daß er das zurückverlangte Gut nicht ausliefern könne, weil er es nach Anweisung des Einlagerers bereits ausgeliefert habe, oder weil er es überhaupt nicht erhalten habe (RG. 58, 78). Nach Treu und Glauben ist der Lagerhalter zur Erstattung einer Verlustanzeige auch verpflichtet (D. 254; vgl. hierzu auch § 414 Anm. 10). Hat der Lagerhalter keine Verlustanzeige erstattet, dann kann die kurze Verjährung des § 423 überhaupt nicht eintreten (OLG. Hamburg HansGZ. 03 Hptbl. 284).

Anm. 4. c) Bei teilweisem Verlust des Gutes liegt Minderung vor. Die Verjährung beginnt in diesem Falle mit der Ablieferung des noch vorhandenen Gutes (anders Düringer-Hachenburg III 522). Für die Ansprüche wegen verspäteter Ablieferung beginnt die Verjährung mit dem Ablauf des Tages, an dem die Ablieferung hätte bewirkt werden müssen. Das ist hier der Tag, auf dem der Einlagerer die Auslieferung verlangt hat. Ist aber der Einlagerer an diesem Tage nicht zur Abholung bereit, oder zahlt er nicht die auf dem Gute ruhenden Lagerkosten, so wird dadurch nicht der Beginn der Verjährung hinausgeschoben, wie Düringer-Hachenburg a. a. O. annehmen, sondern es ist ein Anspruch wegen verspäteter Ablieferung überhaupt nicht entstanden (D. 254).

§ 424.

§ 424. **Ist von dem Lagerhalter ein Lagerschein ausgestellt, der durch Indossament übertragen werden kann, so hat, wenn das Gut von dem Lagerhalter übernommen ist, die Uebergabe des Lagerscheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes.**

Lit: Simonson in ZHR. 35, 450; 45, 558; und in Holdheim 5, 343; von Kostanecki, Der Lagerschein als Traditionspapier, Berlin 1902; Wimpfheimer, Der Lagerschein nach deutschem Recht, Karlsruhe 1903; Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, Breslau 1905; Behrend in DJZ. 05, 540; Weißbart in ZHR. 57, 146; Beling ebenda 58, 194; Mollwo ebenda 58, 373; Heilbrunn in Holdheim 05, 175. Im übrigen Lit. wie zu § 416.

Der vorliegende Paragraph regelt die dinglichen Wirkungen des Lagerscheins (Warrant).

Anm. 1. Hierzu ist zu bemerken, **daß nur die Übergabe des indossablen und indossierten Lagerscheins die hier angeordnete dingliche Wirkung hat, und daß indossable Lagerscheine nur die hierzu staatlich ermächtigten Anstalten ausstellen können.**

Wegen der ersteren s. § 363 Anm. 35, wegen der letzteren § 363 Abs. 2.

Anm. 2. Das Nähere über diese Transportwirkung des indossablen Lagerscheins, der eines der mehreren, im HGB. vorkommenden Dispositionspapiere ist, s. § 363 Anm. 35 ff., § 365 Anm. 10 und § 366 Anm. 14. Weiteres über die persönlichen und die dinglichen Wirkungen der Dispositionspapiere und insbesondere des indossablen Lagerscheins s. zu § 365 (besonders Anm. 10 daselbst), über die Verpfändung der Dispositionspapiere und durch Dispositionspapiere zu § 368 Anm. 19 ff., über das Zurückbehaltungsrecht an Dispositionspapieren und an Gütern mittels der Dispositionspapiere s. zu § 369 Anm. 28 und 29.

Anm. 3. Früher Gesagtes hier zu wiederholen, erscheint überflüssig. Hervorzuheben ist folgendes:

a) Der gutgläubige Erwerber eines indossablen und indossierten Lagerscheins erwirbt das lastenfreie Eigentum des Guts. Jedoch bleibt das gesetzliche Pfandrecht des Lagerhalters

Digitized by Google

für das Lagergeld bestehen. Denn das Vorhandensein der Forderung auf Lagergeld ergibt sich aus dem Lagerschein selbst in Verbindung mit der Vorschrift des § 420 Abs. 2, nach dem das Lagergeld nicht praenumerando, sondern postnumerando zu zahlen ist. Dagegen bedarf es zur Aufrechterhaltung des gesetzlichen Pfandrechts wegen der Auslagen der Aufnahme eines entsprechenden Vermerks in den Lagerschein (anders 6./7. Aufl., welche das Fortbestehen des Pfandrechts für sämtliche Lagerkosten verneint; und Cosack § 102 I, 5, Wimpfheimer 50, welche das Fortbestehen für sämtliche Lagerkosten annehmen). § 424.

b) Hat der Lagerhalter die eingelagerte Ware, sei es mit, sei es ohne Ermächtigung, mit anderen vermischt, dann überträgt der Lagerschein das Miteigentum an der Menge. Anm. 4.

c) Voraussetzung für die dingliche Wirkung ist, daß das Gut vom Lagerhalter übernommen ist. Solange die Übernahme des Gutes seitens des Lagerhalters noch nicht erfolgt ist, kann der Übergabe des indossablen und indossierten Lagerscheins dingliche Wirkung nicht zukommen. Wird das Gut nachträglich vom Lagerhalter übernommen, dann erwirbt der Adressat oder Indossatar das Eigentum mit dem Augenblick der Übernahme des Gutes durch den Lagerhalter. Der legitimierte Inhaber des Lagerscheins braucht daher zur Geltendmachung seines Eigentums am Lagergut nicht nachzuweisen, daß der Lagerhalter bereits im Besitze des Gutes war, als er den Lagerschein erwarb. Anm. 5.

Zusatz 1. Die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Lagerhalters aus dem indossablen Lagerscheine sind im vorliegenden Paragraphen nicht näher geregelt. Für sie gelten die allgemeinen Vorschriften. Der indossable Lagerschein enthält das selbständige, wenn auch auf dem Lagervertrage beruhende Schuldversprechen des Lagerhalters, bestimmte bei ihm eingelagerte Güter an den legitimierten Inhaber des Lagerscheins herauszugeben. Auf das Schuldversprechen finden Anwendung die §§ 812, 821 BGB., andererseits die Vorschriften des § 364 HGB. Die dinglichen Wirkungen des indossablen und indossierten Lagerscheins treffen in der Regel mit den schuldrechtlichen Verpflichtungen des Lagerhalters zusammen. Sie können jedoch auch nicht eintreten oder nachträglich in Wegfall kommen, während die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Lagerhalters bestehen bleiben. Hat der Lagerhalter auf die Ankündigung des Eintreffens des Gutes den Lagerschein ausgehändigt in der Meinung, das Gut sei bereits eingelagert, während es in der Tat noch nicht eingelagert war, so wird der legitimierte Inhaber des Lagerscheins nicht Eigentümer des Gutes, dagegen kann er die durch den Lagerschein übernommenen Verpflichtungen des Lagerhalters gegen diesen geltend machen. Er hat den Anspruch auf künftige Herausgabe des Gutes, für den Fall, daß es nachträglich eingelagert wird. Kommt es nicht zur Einlagerung, z. B. weil das Gut vorher in Verlust geraten ist, so kann der Lagerhalter dies zwar dem ersten Nehmer des Lagerscheins nach § 812 Abs. 2 BGB. entgegenhalten, nicht aber einem gutgläubigen Indossatar. Denn diese Einwendung betrifft weder die Gültigkeit seiner Erklärung im Lagerschein, noch ergibt sie sich aus diesem selbst (§ 364 Abs. 2). Freilich kann er das Gut nicht herausgeben, weil es nicht vorhanden ist. Dem Indossatar gegenüber ist dies aber als ein Verlust des Gutes anzusehen, für den der Lagerhalter nach §§ 417, 390 einzustehen hat. Der Indossatar hat also einen Anspruch auf Schadensersatz (a. M. Düringer-Hachenburg III, 526). Ist ein anderes als das eingelagerte Gut im Lagerschein angegeben, so können die dinglichen Wirkungen des Lagerscheins gleichfalls nicht eintreten; denn das im Lagerschein bezeichnete Gut ist vom Lagerhalter nicht übernommen, das eingelagerte Gut im Lagerschein nicht benannt. Der gutgläubige Indossatar hat aber auch hier einen Anspruch auf Ersatz des Wertes des im Lagerschein bezeichneten Gutes, dagegen nicht etwa einen Anspruch auf Lieferung des Gutes in der im Lagerschein angegebenen Art und Beschaffenheit, wie dies Cosack § 102 I, 3 annimmt; denn der Anspruch gegen den Lagerhalter geht immer nur, sofern nicht der Fall des § 419 Abs. 3 vorliegt, auf Herausgabe bestimmter eingelagerter Sachen, nicht auf Lieferung von lediglich der Gattung nach bezeichneter Sachen. Anders, wenn das eingelagerte Gut im Lagerschein nur eine falsche Beschaffenheitsbezeichnung erhält. In diesem Falle treten die dinglichen Wirkungen des Lagerscheins ein. Der gutgläubige Indossatar hat aber einen Anspruch auf Ersatz des Wertsunterschiedes zwischen dem eingelagerten, von ihm erworbenen Gute und einem Gute der im Lagerschein an- Anm. 6.

Digitized by Google

§ 424. gegebenen Beschaffenheit (vgl. auch § 652 HGB.). Denn der Lagerhalter ist verpflichtet, sich über die Richtigkeit seiner Angaben im Lagerschein zu vergewissern oder seine Haftung durch Aufnahme eines Vermerks im Lagerschein (z. B. Inhalt unbekannt) auszuschließen. Entsprechendes gilt, wenn im Lagerschein das Gut irrigerweise nach Zahl, Maß oder Gewicht zu groß angegeben ist. Der Lagerhalter hat hier Schadensersatz wegen des Fehlenden zu leisten. Wenn der Lagerhalter ein ihm zugesandtes Gut in äußerlich erkennbar mangelhaftem oder beschädigtem Zustand erhält, so hat er nach §§ 417, 388 hiervon den Einlagerer zu benachrichtigen. Stellt der Lagerhalter über ein derartig mangelhaftes oder beschädigtes Gut einen Lagerschein aus, so ist nach § 242 BGB. anzunehmen, daß er auch dem Erwerber des Lagerscheins durch Aufnahme eines entsprechenden Vermerkes in den Lagerschein davon Kenntnis geben muß, widrigenfalls er für Mangelfreiheit des von ihm übernommenen Gutes haftet (übereinstimmend Lehmann-Ring § 424 Nr. 15 und Cosack a. a. O., der § 658 entsprechend anwendet).

Tritt eine Beschädigung, Minderung oder ein Verlust des Gutes erst nach dessen Übernahme durch den Lagerhalter und Übergabe des Lagerscheins ein, dann ist der legitimierte Inhaber des Lagerscheins nicht auf seine Ansprüche aus dem erworbenen Eigentum am Gut beschränkt (§§ 985 ff. BGB.); er hat daneben auch die weiterreichenden schuldrechtlichen Ansprüche aus dem Lagerschein. Die Einwendung aus §§ 417, 390, daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Lagerhalters nicht abgewendet werden konnten, kann der Lagerhalter auch gegenüber dem gutgläubigen Indossatar geltend machen; denn sie geht aus dem Lagerrecht selbst hervor und macht den Inhalt seiner Verpflichtungserklärung aus.

Anm. 7. **Zusatz 2. Außer den indossablen Lagerscheinen gibt es auch noch Namens- oder Rektalagerscheine und Inhaberlagerscheine.**

1. **Namens- oder Rektalagerscheine.** Diese haben nichts besonderes. Die Übertragung der Rektalagerscheine hat nicht die dinglichen Wirkungen der indossablen Lagerscheine. Die Abtretung des Lagerscheins bedeutet nur die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe mit der Wirkung des § 870 BGB. Indessen kann man auch durch solche Abtretung nach § 931 BGB. das Eigentum am Gute übertragen und nach § 1205 Abs. 2 BGB. das Pfandrecht an ihm bestellen; nur hat der gutgläubige Erwerb nicht die gleiche rechtliche Wirkung, wie der gutgläubige Erwerb eines indossablen und indossierten Lagerscheins (vgl. § 363 Anm. 37).

Anm. 8. 2. **Inhaberlagerscheine** sind zulässig. Zur Ausstellung eines indossablen Lagerscheins bedarf es nach § 363 Abs. 2 allerdings der staatlichen Ermächtigung. Daß aber diese Beschränkung auch auf den Inhaberlagerschein entgegen der allgemeinen für Inhaberpapiere gegebenen Vorschrift des § 795 BGB. Anwendung findet, dafür ergibt sich weder aus dem Wortlaut des Gesetzes, noch aus dessen Entstehungsgeschichte, wie RG. 59, 374; JW. 05, 158[50] zutreffend darlegt, ein Anhalt. Die gegenteilige Ansicht der 6./7. Aufl. kann nicht aufrecht erhalten werden (ebenso Lehmann-Ring § 424 Nr. 2; Burchard in EisenbE. 16, 362; Düringer-Hachenburg III, 524; Makower § 424 Ia 2; Wimpfheimer 24).

Anm. 9. Der Inhaberlagerschein ist nicht Dispositionspapier wie der Orderlagerschein, seine Übergabe bedeutet nicht zugleich die Übergabe des Gutes (a. M. Wimpfheimer 26; Weißbart 155). Jedoch erzeugt die Begebung des Inhaberlagerscheins infolge seiner eigentümlichen Natur im wesentlichen dieselben dinglichen Wirkungen wie die Begebung des Orderlagerscheins. Die Übereignung des Inhaberlagerscheins enthält zugleich die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB. Der gutgläubige Erwerber des Inhaberlagerscheins wird dadurch lastenfreier Eigentümer des Gutes wie der Indossatar. Denn die Geltendmachung eines Pfandrechts des Besitzers, also hier des Lagerhalters, nach § 936 Abs. 3 BGB. wird, soweit es nicht aus dem Lagerschein selbst hervorgeht (oben Anm. 3) durch die Vorschrift des § 796 BGB. ausgeschlossen. Die Forderung des Lagerhalters für die Auslagen gilt dem gutgläubigen Erwerber des Inhaberlagerscheins gegenüber nach § 796 BGB. als nicht bestehend,

Digitized by Google

mithin kann der Lagerhalter auch ein Pfandrecht für die Auslagen dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht beanspruchen (§§ 1204, 1252, 1257 BGB.). Durch die Verpfändung des Inhaberlagerscheins erwirbt der Pfandgläubiger, wenn der Lagerhalter nicht nach § 1205 Abs. 2 BGB. von der Verpfändung benachrichtigt wird, kein Pfandrecht an dem Gute, sondern nur ein Pfandrecht an dem Herausgabeanspruch (§ 1293 BGB.). Aber der Pfandgläubiger hat nach §§ 1294, 797 BGB. das ausschließliche Recht, die Herausgabe an sich zu verlangen, und mit der Herausgabe erwirbt er nach § 1287 das Pfandrecht an dem Gute selbst. Im Konkurse des Lagerhalters hat er auf Grund seines Herausgabeanspruchs ein Aussonderungsrecht (so zutreffend Beling 205; a. M. Behrend in DJZ. 05, 540). Bei gestohlenen und verlorenen Inhaberlagerscheinen erwirbt der gutgläubige Erwerber des Lagerscheins nach § 935 Abs. 2 BGB. (vgl. § 367 HGB.) das Eigentum an dem Lagerschein und damit den Herausgabeanspruch. Er wird aber auch mittelbarer Besitzer, denn der Lagerhalter besitzt für den berechtigten Inhaber des Lagerscheins und hat an diesen das Gut herauszugeben. Diese Erwerbung des mittelbaren Besitzes muß einer Erlangung desselben durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach §§ 931, 870 BGB. gleichstehen. Der gutgläubige Erwerber des gestohlenen oder verlorenen Inhaberlagerscheins wird daher Eigentümer des Gutes (übereinstimmend Beling 203). § 424.

Häufig wird über das Gut ein sogenanntes hinkendes Inhaberpapier (Empfang-schein, Besitzschein, Récépissé) ausgestellt. Der Lagerhalter ist in diesem Falle zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, das Gut jedem, der ihm die Bescheinigung vorzeigt, ohne Prüfung der Legitimation auszuhändigen (§ 808 BGB.). Hierher gehören auch die Zollniederlagescheine (RG. 43, 72). Im einzelnen Fall kann es zweifelhaft sein, ob ein Inhaberlagerschein oder nur ein hinkendes Inhaberpapier vorliegt. Durch die bloße Benennung des Einlagerers im Lagerschein wird die Annahme eines Inhaberlagerscheins nicht ausgeschlossen, da dies nur zur näheren Bezeichnung der Ware dienen kann (RG. 59, 374; ROHG. 25, 352). Besagt aber der Lagerschein, obgleich er auf den Inhaber lautet, daß der Lagerhalter in seinen Büchern den Einlagerer als den zur Rückforderung der Ware Berechtigten eingetragen habe, so liegt nur ein hinkendes Inhaberpapier vor (RG. in HansGZ. 03 Hptbl. 125; JW. 03, 155[13]). Die Bestimmung, daß der Lagerschein im Falle des Verlustes im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden könne, spricht nicht für die Eigenschaft als Inhaberlagerschein, da die Kraftloserklärung auch bei hinkenden Inhaberpapieren nach § 808 Abs. 2 BGB. und § 1003 CPO. zulässig ist (JW. 98, 426[23]). Der Lagerschein braucht zwar nicht, um als Inhaberlagerschein zu gelten, den Ausdruck „Inhaber" notwendig zu enthalten; es muß aber aus der Urkunde selbst hervorgehen, daß der Inhaber als solcher forderungsberechtigt ist (RG. 13, 154; vgl. Exk. zu § 365). Anm. 10.

Es kommen ferner noch Extraditions- oder Auslieferungsscheine vor. Diese werden vom Einlagerer ausgestellt, um einen Dritten (z. B. den Käufer der Ware) gegen Vorzeigung des Scheines zur Entnahme der Ware, sei es in Form einer Vollmacht oder einer Anweisung, zu ermächtigen (JW. 86, 23[24]). Anm. 11.

Lautet der Lagerschein nicht auf Auslieferung von eingelagerten Waren, sondern schlechthin auf Lieferung von Waren der im Lagerschein angegebenen Gattung (vgl. § 419 Abs. 3), so liegt kein Lagerschein im Sinne des vorliegenden Paragraphen vor, sondern nur ein kaufmännischer Verpflichtungsschein, der als solcher aber auch indossabel ist (§§ 363, 364). Anm. 12.

Zusatz 3. Der Lagerpfandschein. Dieser wird im HGB. stillschweigend übergangen. Dagegen ist er in Elsaß-Lothringen und in Bremen gesetzlich geregelt und dort aufrecht erhalten. Auch für die Zukunft ist seine gesetzliche Regelung den Einzelstaaten freigegeben (Art. 15 und 16 EG. z. HGB.). Er dient lediglich der Verpfändung des Lagergutes, während der Lagerschein der Übereignung des Lagergutes dient (Zweischeinsystem). Nach dem HGB. ist ein neben dem Lagerschein ausgestellter Lagerpfandschein nicht geeignet, ein Pfandrecht zu begründen (D. 248). Anm. 13.

Digitized by Google

Expl. zu § 424.

Exkurs zu § 424.

Das Bankverwahrungsgeschäft.

Lit: Schweyer, Die Bankdepotgeschäfte, 1899; Adler, Die Bankdepotverträge nach ihrer zivilrechtlichen Seite, 1905; Lusensky, Das Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896, 2. Aufl. 1905; Riesser, Das Bankdepotgesetz, 2. Aufl. 1906; Düringer in BankA. 05, 68.

Einleitung. **Wir beschäftigen uns nur mit dem Verwahrungsgeschäft, das überhaupt nur Besonderheiten bietet, nämlich dem offenen Depot.** Das verschlossene Depot ist einfach nach den Regeln des BGB. (§§ 688 ff.) zu beurteilen, soweit nicht allgemeine handelsrechtliche Regeln eingreifen z. B. § 354 (Anspruch auf Lagergeld). Das verschlossene Depot in Stahlkammern (Tresors: Safes) ist ein Verwahrungsvertrag nach § 688 BGB. mit der besonderen Nebenbedingung, daß der Bankier seiner Verwahrungspflicht in diebes- und feuersicherer Stahlkammer genüge, nicht aber Miete des Schrankfachs, wie die Bankbedingungen fast durchweg bestimmen wollen (a. M. Markus in Holdheim 14, 251; Cohn in ABürgR. 30, 235; ferner Wilutzki in DJZ. 00, 294, welcher eine Kombination von Miets- und Verwahrungsvertrag annimmt, ebenso Adler 30; Heinrici in Gruch. Beitr. 44, 824; Bondi im SächsA. 13, 8 und Wettstein, Das Kassenschrankgeschäft 03). Das Wesen des Vertrages als eines Verwahrungsvertrages tritt deutlich darin hervor, daß der Bankier das Fach dem Hinterleger nicht nur zur Verfügung stellt, sondern vor allem die Überwachung des Fachs und die Sorge dafür übernimmt, daß nur der gehörig Legitimierte unter Aufsicht der Bank Zutritt findet. Es können jedoch die Vorschriften des BGB. über den Verwahrungsvertrag keine Anwendung finden, die der besonderen Natur des Tresorvertrages widersprechen. So kann der Bankier nach § 693 BGB. nicht Ersatz seiner Aufwendungen für die Instandhaltung der Stahlkammer verlangen; denn die Aufbewahrung in einer ordnungsmäßig instandgehaltenen Stahlkammer bildet gerade den Inhalt seiner Aufbewahrungspflicht. Der Bankier ist ferner nicht nach § 697 BGB. zur Rückgabe des Depots verpflichtet. Denn er kann es nicht zurückgeben, da er nicht alleiniger Besitzer ist. Der Hinterleger hat vielmehr gleichfalls den Besitz. Beide sind Mitbesitzer und zwar in der Art, daß beide nur gemeinschaftlich über das Depot tatsächlich verfügen können. Der Hinterleger kann daher selbst das Depot zurücknehmen, nur bedarf er dazu der Mitwirkung des Bankiers. Er hat dementsprechend zwar nicht einen Anspruch auf Herausgabe gegen den Bankier, wohl aber einen Anspruch auf Mitwirkung bei der von ihm selbst zu bewirkenden Rücknahme. Das Vertragsverhältnis wird ferner dadurch beeinflußt, daß dem Bankier gleichzeitig die Verwahrungspflicht gegenüber den Inhabern der anderen Fächer obliegt. Der Bankier hat deswegen das Recht sofortiger Kündigung, wenn ihm nach verständiger Beurteilung die Persönlichkeit des Hinterlegers verdächtig wird (§ 696 BGB.).

Die Übereignung des Depots erfolgt entweder durch Herausnahme und Übergabe oder durch Aushändigung der Schlüssel und Abtretung des Anspruchs auf Mitwirkung bei der Zurücknahme. Auch in letzterem Falle erlangt der Erwerber den unmittelbaren Mitbesitz des Hinterlegers. Das Eigentum wird daher auch hierbei nicht auf dem Wege des § 931 BGB., sondern durch Übergabe gemäß § 929 übertragen (vgl. Planck § 1206 Anm. 1a und auch Wolff in JheringsJ. 44, 198).

Die Verpfändung erfolgt dementsprechend auf die geschilderte Weise gleichfalls durch Übergabe nach § 1205 Abs. 1 BGB., eine Benachrichtigung des Bankiers ist daher zur Entstehung des Pfandrechts nicht erforderlich (a. M. Düringer-Hachenburg III 497; Riesser 17 Anm. 4). Vielfach ist in dem Verwahrungsvertrage bestimmt, daß ein Dritter nur mit besonderer Vollmacht des Hinterlegers die Eröffnung des Faches vornehmen darf. In diesem Falle bedarf es daher, wenn der Hinterleger das Depot nicht selbst herausnimmt, der Erteilung der erforderlichen Vollmacht. Da die Erteilung der Vollmacht zum Zweck der Übereignung oder Verpfändung erfolgt, ist die Vollmacht nach § 168 BGB. unwiderruflich. Mit der Aushändigung der Schlüssel und der Erteilung der Vollmacht wird das Eigentum oder das Pfandrecht erworben. Zur Verpfändung an den Bankier genügt nach § 1205 Abs. 1 Satz 2, § 1206 die Einigung, da der

Digitized by Google

Bankier das Depot ebenfalls in unmittelbarem Mitbesitz hat (übereinstimmend Planck a. a. O.; Wolff a. a. O.; Riesser 17 Anm. 3; Düringer-Hachenburg III 497). Exk. zu § 424.

Die Pfändung erfolgt durch Wegnahme des Schlüssels seitens des Gerichtsvollziehers und Pfändung des Anspruchs des Hinterlegers gegen den Bankier auf Mitwirkung bei der Zurücknahme nach § 857 Abs. 1 CPO. (ähnlich Düringer-Hachenburg III, 497 und Riesser 17 Anm. 5). Eine nach dem Verwahrungsvertrage erforderliche Vollmacht zur Eröffnung des Faches wird durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß ersetzt.

Auf das **offene Depot** bezieht sich insbesondere das Reichsgesetz vom 5. Juli 1896, Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, das sogenannte Bankdepotgesetz.

1. **Zu unterscheiden sind drei Arten von Depots: das Sonderdepot, das Sammeldepot, und das Summendepot.** Beim ersteren muß der Verwahrer die einzelnen Stücke gesondert aufbewahren; beim Sammeldepot darf er die von verschiedenen Hinterlegern eingelieferten Stücke, soweit sie der nämlichen Gattung angehören, miteinander vermischen und braucht die sämtlichen Stücke nur als gesondertes Ganze aufzubewahren; beim Summendepot wird er mit der Einlieferung oder in einem späteren Zeitpunkt Eigentümer der Stücke, muß aber dem Hinterleger gleichwertige Stücke zur Verfügung halten (vgl. Anm. 5). Anm. 1.

   Das verschlossene Depot ist stets Sonderdepot, ebenso das offene Depot von unvertretbaren Wertpapieren z. B. Wechseln, Konnossementen, Lagerscheinen. Dagegen ist bei vertretbaren Wertpapieren (Aktien, Zinsscheinen, Obligationen usw.) ein Depot jeder der drei Arten möglich. Anm. 2.

2. **Bei vertretbaren Wertpapieren haben es die Parteien in der Hand, zu vereinbaren, welche der drei Depotarten vorliegen soll.** Doch bestimmt das Gesetz in dieser Hinsicht: Anm. 3.

a) **In jedem Falle muß die Erklärung, daß es nicht Sonderdepot sein soll, ausdrücklich erfolgen** (§ 700 Abs. 2 BGB.). Schlüssige Handlungen genügen also nicht. Auch im Handelsrecht gilt nichts anderes, da das Handelsrecht hierin keine freiere Formvorschrift hat als das bürgerliche Recht.

b) **Hat das Depot andere vertretbare Wertpapiere als Papiergeld und Banknoten zum Gegenstande und ist der Verwahrer Vollkaufmann,** so genügt selbst die ausdrückliche Erklärung nicht, vielmehr wird außerdem gefordert, daß der Hinterleger die Erklärung schriftlich und mit Bezug auf das einzelne Verwahrungsgeschäft abgibt. Dem Erfordernis der Schriftlichkeit ist zwar durch Unterschreiben der gedruckten Geschäftsbedingungen genügt. Diese müssen sich jedoch auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft beziehen. Die schriftliche Erklärung darf auch nicht allgemein dahin lauten, daß dem Empfänger die im § 2 DepotG. vorgesehene Ermächtigung erteilt werde; denn sie bringt nicht erkennbar genug zum Ausdruck, daß der Hinterleger sich der Folgen bewußt ist (ebenso Riesser 27; RG. in LZ. 07, 343). Diese Vorschriften gelten aber nur für den Verwahrungsvertrag, nicht für das Darlehn. Es kann daher nach § 607 Abs. 2 BGB. formlos vereinbart werden, daß vom Bankier bereits in Verwahrung genommene Wertpapiere von nun an als Darlehn gelten sollen. Doch verstößt es gleichfalls gegen § 2 des Gesetzes, wenn im voraus allgemein vereinbart wird, z. B. durch Unterzeichnung von Bankbedingungen, daß alle dem Bankier übergebenen Wertpapiere als Darlehn angesehen werden sollen (so zutreffend Jakobi in Fischers Abhandlungen für Privatrecht und Zivilprozeß 8 Heft 1, 144). Das Erfordernis der schriftlichen und ausdrücklichen Ermächtigung fällt weg, wenn der Hinterleger ein Bankier oder Geldwechsler ist (§ 2 Abs. 1 DepotG). Anm. 4.

3. **Die Eigentumsfrage.** Beim Sonderdepot bleibt der Verwahrer Eigentümer. Beim Sammeldepot werden alle gleichartigen Papiere mit dem Augenblicke der Überlieferung an den Verwahrer Miteigentum der betreffenden Hinterleger. Der Verwahrer wird natürlich nicht Eigentümer (vgl. RG. 21, 34; Cosack § 100 VIII 2). Über seinen Anteil kann daher jeder verfügen, ihn übereignen oder verpfänden, über jedes einzelne Stück natürlich nicht (§ 743 BGB.). Vgl. jedoch unten Anm. 12. Beim Summendepot geht das Eigentum auf den Verwahrer über. Der Eigentumsübergang vollzieht sich aber mit der Einlieferung der Papiere nur Anm. 5.

Digitized by Google

Exk. zu § 424. dann, wenn in der schriftlichen Ermächtigung ausdrücklich erklärt ist, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen soll (vgl. § 700 Abs. 3 BGB.). Wie das Reichsgericht (RG. 52, 204) zutreffend ausführt, liegt in der Ermächtigung, gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren, noch nicht die Erklärung der sofortigen Eigentumsübertragung. Es kann hierbei sehr wohl die Absicht des Hinterlegers z. B. nur dahin gehen, daß der Verwahrer nur berechtigt sein solle, die hinterlegten Wertpapiere gegen gleichartige zu vertauschen, daß er aber bis dahin sein Eigentum behalte. Freilich enthält jede Aneignung der Papiere, auch wenn sie nur zum Austausch erfolgt, eine Verfügung des Verwahrers zu seinem Nutzen. Mit dieser zweiten Alternative des § 2 des Gesetzes sind aber andere Fälle gemeint. Der Schwerpunkt liegt auf den Worten „zu seinem Nutzen". Nicht der rechtliche Erfolg, sondern der wirtschaftliche Zweck ist hierbei entscheidend. Außerdem fallen unter die Verfügungen zum Nutzen des Verwahrers auch solche Rechtshandlungen, durch die das Eigentum des Hinterlegers nicht aufgehoben, sondern nur beschränkt wird. Hiernach gehören hierher insbesondere Veräußerungen und Verpfändungen im Interesse des Verwahrers. Bei der Ermächtigung gleichartige Wertpapiere zurückgeben zu dürfen, tritt also der Übergang des Eigentums auf den Verwahrer erst mit der Aneignung derselben durch den Verwahrer, z. B. durch Vermischung mit anderen Wertpapieren ein. In einer zum Nutzen des Verwahres erfolgten Verpfändung der Wertpapiere ist an sich nicht schon eine Aneignung derselben zu finden (RG. 58, 290). Ebenso wird bei der Ermächtigung des Verwahrers über die Papiere zu eigenem Nutzen zu verfügen, das Eigentum des Hinterlegers erst in dem Augenblick aufgehoben, in dem eine sein Eigentum aufhebende Verfügung, also insbesondere eine Veräußerung seitens des Verwahrers erfolgt ist. Von dem Übergang des Eigentums auf den Verwahrer oder von der Aufhebung des Eigentums des Hinterlegers an gelten nach § 700 Abs. 1 Satz 2 die Vorschriften über das Darlehn; nur auf Zeit und Ort der Rückgabe finden die Regeln vom Verwahrungsvertrage Anwendung. Über die Einkaufskommission und das Stückeverzeichnis vgl. § 383 Anm. 29 und § 384 Anm. 44 u. 46.

Anm. 6. Hiernach richtet sich auch die rechtliche Stellung des Hinterlegers im Konkurse des Verwahrers: Der Sonderdepotgläubiger hat ein Aussonderungsrecht, die Sammeldepotgläubiger haben ein gemeinsames Aussonderungsrecht (Cosack § 100 IX, 2), der Summendepotgläubiger hat nach Aufhebung seines Eigentums lediglich ein persönliches Forderungsrecht. Die ersteren beiden Aussonderungsrechte fallen aber gleichfalls fort, wenn die Depots nicht mehr in der Masse sind; alsdann bestehen nur noch gewöhnliche Konkursforderungen, jedoch in den geeigneten Fällen verstärkt durch das im § 46 KO. gegebene Recht auf die Gegenleistung. Außerdem stehen dem Hinterleger etwaige selbständige Deliktsansprüche gegen solche Personen zu, die nach § 823 BGB. für das Nichtvorhandensein der Depots neben dem Verwahrer verantwortlich gemacht werden können, z. B. dessen Prokuristen und sonstigen Angestellten oder die Vorstände einer Aktiengesellschaft. Der beschädigte Hinterleger braucht bei einem Konkurse des Verwahrers nicht abzuwarten, wie in diesem seine Ansprüche gegen den Hinterleger befriedigt werden (RG. 30, 48).

Anm. 7. **4. Die Pflichten des Verwahrers gegenüber dem Aufbewahrer.**

a) Hinsichtlich der Verwahrung. Beim Sonderdepot muß er die Stücke des einzelnen Hinterlegers getrennt aufbewahren. Ist er Vollkaufmann und handelt es sich um vertretbare Wertpapiere, außer Papiergeld und Banknoten, so muß er nach § 1 DepotG. die hinterlegten Papiere unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung des Hinterlegers getrennt aufbewahren und außerdem ein Handelsbuch führen, in das die Papiere des Hinterlegers nach Gattung, Nennwert und Unterscheidungsmerkmalen einzutragen sind. Über dieses Handelsbuch siehe § 38 Anm. 8. Durch die Strafvorschrift des § 10 DepotG. ist diese Pflicht der Vollkaufleute noch besonders geschützt.

Anm. 8. Beim Sammeldepot hat der Verwahrer nur die Verpflichtung, das Gesamtgut getrennt aufzubewahren. Die verschärften Pflichten, die das DepotG. für das Sondergut auferlegt, bestehen hier nicht, obwohl es nahegelegen hätte, sie auch hierauf auszudehnen.

Digitized by Google

Beim Summendepot ist der Verwahrer, wenn er ermächtigt ist, gleichartige Wertpapiere zurückzugeben, von der Verpflichtung zur gesonderten Aufbewahrung nach § 2 Abs. 2 DepotG. entbunden. Wenn die Ermächtigung dagegen dahin geht, daß der Verwahrer über die Wertpapiere zu seinem Nutzen verfügen darf, dann muß er, wie mit Riesser 33 anzunehmen ist, bis zu dem Augenblick, in dem er die Verfügung vornimmt oder die Papiere mit anderen vermischt, die Vorschriften des § 1 des Gesetzes beachten. Exk. zu § 424. Anm. 9.

b) Hinsichtlich der Verfügung. Beim Sonderdepot darf der Verwahrer über die hinterlegten Papiere nur insoweit verfügen, als dies den Anweisungen des Hinterlegers entspricht. Insbesondere darf er also die Papiere weder in seinem eigenen Interesse, noch im Interesse eines Dritten veräußern, außer auf Grund besonderen Rechtstitels (man denke z. B. an die Veräußerung auf Grund eines an den Papieren bestehenden Pfandrechts). Mit Bewilligung des Hinterlegers kann der Verwahrer natürlich über die Gegenstände auch zu seinem Nutzen verfügen. Anm. 10.

Diese Bewilligung ist aber, wenn der Hinterleger nicht gewerbsmäßig Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, nur gültig, wenn sie für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich erteilt wird. Gleichgültig ist hierbei, ob der Hinterleger Kaufmann ist oder nicht. Mit Recht bemerkt jedoch Cosack § 100 IX 1, daß dabei nur an Fälle zu denken ist, in denen der Verwahrer zur Verfügung in eigenem Interesse allgemein, d. h. in unbestimmter Weise im voraus ermächtigt werden soll. Handelt es sich dagegen um eine bestimmte einzelne Verfügung, z. B. eine in Aussicht genommene Verpfändung, so kann der Hinterleger seine Zustimmung auch mündlich geben. Der Verwahrer kann auch mit der Verwaltung der Wertpapiere beauftragt werden (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes). In diesem Falle ist er zu allen den Handlungen befugt, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung im Interesse des Hinterlegers erforderlich sind, z. B. zur Versendung behufs Abstempelung bei Konvertierungen oder behufs Ausübung von Bezugsrechten (vgl. Riesser 20; Lehmann in ZHR. 51, 410). Anm. 11.

Beim Sammeldepot gilt ebenfalls der Grundsatz, daß der Verwahrer über die Stücke in seinem Interesse grundsätzlich nicht verfügen kann. Es fehlt aber die Vorschrift, daß die Ermächtigung zur Verfügung von einem Nichtbankier ausdrücklich und schriftlich erteilt werden muß. Hervorzuheben ist, daß der Verwahrer die Anweisung jedes einzelnen Hinterlegers nur insoweit beachten darf, als dessen Anteil am Gesamtgut reicht (Cosack § 100 IX 2). Eine zulässige Verfügung liegt z. B. vor, wenn ein Hinterleger sein Depot kündigt und den Verwahrer nunmehr anweist, Stücke gleicher Art und Menge, wie die von ihm hinterlegten, ihm oder einem Dritten auszufolgen. Der § 419 Abs. 2 ist hier entsprechend anwendbar, weil er dem Wesen der Sache und dem Vertragswillen der Parteien entspricht (Düringer-Hachenburg III 500; Riesser 37). Anm. 12.

Beim Summendepot hat der Verwahrer über die hinterlegte Sache das freie Verfügungsrecht.

c) Haftung für Verschulden. Bei der unentgeltlichen Verwahrung haftet der Verwahrer nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, bei der entgeltlichen für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB.; § 690 BGB.). In dieser Weise haftet er auch für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB.). Er kann aber die Haftung ausschließen, nur nicht die Haftung für den eigenen dolus, wohl aber für den dolus seiner Gehilfen (§§ 276, 278 BGB.). Im Zweifel hat der Verwahrer die hinterlegten Wertpapiere in seinen eigenen Stahlkammern aufzubewahren (§ 691 BGB.). Ist ihm gestattet, bei einem Dritten zu hinterlegen, so muß er nicht nur bei der Auswahl des Dritten mit der nötigen Sorgfalt verfahren, sondern er muß auch die Verwahrung bei diesem wieder aufheben, wenn er davon Kenntnis erhält, daß die hinterlegten Papiere bei dem Dritten gefährdet sind. War ihm die Hinterlegung bei dem Dritten nicht gestattet, so haftet er für allen Schaden, der aus dieser Hinterlegung erwächst (vgl. § 417 Anm. 8). Ist dem Verwahrer die Rückgabe des Depots infolge einer das Depot vernichtenden Feuersbrunst unmöglich geworden, so hat er zu seiner Entlastung nur zu beweisen, daß er im all- Anm. 13.

Digitized by Google

Exk. zu § 424. gemeinen bei der Aufbewahrung sorgfältig verfahren ist; es liegt ihm nicht der Beweis ob, daß er weder selbst das Feuer angelegt, noch dessen Entstehung in irgendeiner Weise durch Fahrlässigkeit veranlaßt habe (RG. 11, 134). Beim Summendepot dagegen haftet er nach erfolgter Aneignung oder Veräußerung auch für Zufall (§ 279 BGB.). Besorgt der Verwahrer die Übersendung des Depots mittels Post an den Hinterleger, so übernimmt er damit die Haftung für die gehörige Auslieferung durch sein Personal nach § 278 BGB. (RG. 23, 105). Die Gefahr der Beförderung trägt dagegen der Hinterleger (vgl. Anm. 19).

Anm. 14. 5. **Die Rechte des Verwahrers.** Er hat Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er für erforderlich halten darf (§ 693 BGB.) und auf Provision gemäß § 354 HGB. Dabei ist aber zu beachten, daß nach § 354 solche Leistungen nicht provisionspflichtig sind, die ohne Entgelt zu geschehen pflegen. Gerade bei der Verwahrung von Wertpapieren aber kommt es häufig vor, daß die Bankiers ihren Geschäftskunden gegenüber auf jede Verwahrungsprovision verzichten.

Anm. 15. 6. **Hat der Verwahrer ein gesetzliches Pfandrecht?** In seiner Eigenschaft als Verwahrer nicht. Aber ein (z. B. in den Geschäftsbedingungen) allgemein bestelltes Pfandrecht wird häufig die verwahrten Sachen ergreifen.

Anm. 16. 7. **Hat der Verwahrer ein Zurückbehaltungsrecht?** Keinesfalls braucht der Verwahrer die hinterlegten Wertpapiere ohne Rückgabe des Depotscheines oder ohne Quittung herauszugeben. Es ist aber auch dem Verwahrer sowohl das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. für seine aus dem Verwahrungsgeschäft entstandenen Ansprüche z. B. Stahlkammermiete, als auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zuzugestehen, wofern dessen sonstige Voraussetzungen gegeben sind. Denn es steht ein solches Recht nicht im Widerspruch mit der aus dem Verwahrungsvertrag folgenden Rückgabepflicht (vgl. § 369 Anm. 45, Rehbein §§ 241—292 Anm. 78; dagegen auch vom Standpunkt des HGB. v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allg. pr. R. I Heft II § 46).

Anm. 17. 8. **Die Zeit der Verwahrung.** Der Hinterleger kann die verwahrten Sachen jederzeit zurückverlangen, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist. Der Verwahrer kann, wenn eine Zeit für die Verwahrung nicht bestimmt ist, die Rücknahme der Sachen jederzeit verlangen; wenn eine Zeit bestimmt ist, so fällt dieses Recht weg, und nur wenn ein wichtiger Grund vorliegt, kann er die sofortige Zurücknahme verlangen (§§ 695, 696 BGB.). Auf das Summendepot bezieht sich das ebenfalls (§ 700 BGB.).

Anm. 18. Der Verwahrer kann dem Anspruch auf Rückgabe des Sonderdepots nicht entgegenhalten, daß der Hinterleger nicht Eigentümer sei, wenn er nicht damit die weitere Behauptung verbindet und Beweis liefert, daß er selbst das Eigentum an dem Depot erworben hat (RG. 15, 210; JW. 86, 196[24]). Ebensowenig kann sich der Verwahrer dem Anspruch auf Rückgabe dadurch entziehen, daß er wegen einer ihm gegenüber dem angeblichen (dritten) Eigentümer des Depots zustehenden Forderung Arrest auf das Depot erwirkt hat. Denn ein derartiges Verfahren widerstreitet der durch den Hinterlegungsvertrag übernommenen Pflicht, das Depot unverändert herauszugeben (RG. 25, 185). Hat ein Geschäftsunfähiger bei einer gutgläubigen Bank ein Depot aus Inhaberpapieren angelegt und es einem Dritten übertragen, der dann die Bank mit dem Verkauf der Papiere beauftragt hat, so durfte die Bank mit Rücksicht auf den Charakter der Papiere als Inhaberpapiere den Dritten als zur Verfügung über die Papiere befugt ansehen, und ihm den Erlös der Papiere ausliefern oder gegen seinen Anspruch auf Zahlung der Erlössumme mit einer ihr zustehenden Gegenforderung aufrechnen (RG. 60, 288). Im Falle des Todes des Hinterlegers kann der Verwahrer nicht auf Beibringung eines Erbscheins bestehen; er muß sich auf jeden Nachweis des Rechts des Erben einlassen (RG. 54, 344). Auch an einen nach §§ 672, 171 BGB. gehörig beauftragten Bevollmächtigten hat der Verwahrer nach dem ihm bekannten Ableben das Depot herauszugeben (vgl. hierüber Erlanger in BankA. 06, 131).

Anm. 19. 9. **Der Ort der Rückgabe** ist der Ort, an dem die Sache aufzubewahren war. Der Verwahrer ist nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen (§ 697 BGB). Das

Digitized by Google

bezieht sich auch auf das Summendepot (§ 700 BGB.). Am Ort der Rückgabe des Depots Zug um Zug gegen die Rückgabe ist auch eine etwaige Forderung des Verwahrers aus dem Hinterlegungsvertrage z. B. auf Verwahrungsprovision zu erfüllen (vgl. § 421 Anm. 5). Hiernach richtet sich der Gerichtsstand der Erfüllung. Exk. zu § 424.

Sechster Abschnitt.

Frachtgeschäft.

§ 425.

Frachtführer ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, die Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen. § 425.

Lit.: Pappenheim, Das Transportgeschäft nach dem Entwurf eines HGB., 96; Schott in Endemanns Handbuch III, 289ff.; Eger, Das deutsche Frachtrecht 2. Aufl. 88/90; Leutke, Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft unter besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäfts, 05; Muschweck in Sped.- u. SchiffZtg. 06, 108, 122, 132, 146, 157, 171, 180, 195; Mittelstein in ZHR. 54, 190. Weitere Lit. s. bei § 453.

Der vorliegende Paragraph gibt die Begriffsbestimmung des Frachtführers. An anderer Stelle ist bestimmt, daß der Frachtführer Kaufmann ist (§ 1 Nr. 5) und zwar Kaufmann kraft Gewerbes, auch ohne hinzukommende Eintragung. Wenn der Umfang seines Gewerbes als der des Kleingewerbes aufzufassen ist, so daß er als gewöhnlicher Schiffer oder Fuhrmann zu bezeichnen ist, ist er Minderkaufmann (§ 4), aber er bleibt Frachtführer im Sinne des vorliegenden Abschnitts. Einleitung.

Die einzelnen Bestandteile der Begriffsbestimmung.

1. **Um die Beförderung** von Gütern muß es sich handeln. Der Frachtvertrag ist der Vertrag, durch den die Beförderung von Gütern übernommen wird. Anm. 1.

a) Gegenstand des Vertrages ist die Beförderung als Produkt der Tätigkeit, der Erfolg der Beförderung, nicht die Tätigkeit der Beförderung. Es liegt daher Werkvertrag vor, nicht Dienstvertrag. Dies wurde schon nach früherem Recht angenommen (ROHG. 20, 340; RG. 15, 76; 25, 112), und es liegt keine Veranlassung vor, nach neuem Recht etwas anderes anzunehmen (JW. 05, 147[30]; 06, 55[7]; RG. in Holdheim 14, 195). Insbesondere liegt ein solcher Anlaß nicht im § 429. Denn dort ist der Frachtführer nur befreit von der Haftung für den durch Verlust des Gutes entstandenen Schaden, wenn er ihn nicht verschuldet hat; seine Vergütung aber erhält er nicht, wenn das Gut untergeht. Insoweit trägt er die Gefahr, so daß die §§ 631 und 644 BGB. Anwendung finden (Makower § 430 II d 2; Düringer-Hachenburg III, 567; vgl. auch § 430 Anm. 7). Das jederzeitige Rücktrittsrecht für den Absender ist nunmehr auf Grund des § 649 BGB. gegeben. Aber der Frachtführer kann, wenn der Besteller den Vertrag kündigt, die vereinbarte Vergütung verlangen, jedoch unter Abrechnung der ersparten Aufwendungen und des anderweiten Erwerbs. Besondere Bestimmungen gelten im Falle des § 428 Abs. 2 und § 433 Abs. 1.

b) Auf welche Weise der Transport ausgeführt wird, ist gleichgültig. Es kann das ebensowohl mit Transportmitteln (Schiffen, Fuhren, Lasttieren [JW. 06, 463[20]], Karren, Maschinen, Wasserlauf) oder auch ohne Transportmittel geschehen, sei es, daß die Ortsveränderung durch die menschliche Körperkraft erfolgt (Dienstmänner, Packträger, Fußboten) oder daß die Selbstbewegung des Gutes, z. B. bei lebenden Tieren, geleitet wird (Viehtreiber). Freilich besteht darüber Streit, ob auch der Transport ohne Transportmittel unter den vorliegenden Paragraphen fällt, insbesondere wird dies von Goldschmidt Handbuch § 54 und Cosack § 85 Iaα hauptsächlich deshalb geleugnet, weil der Sprachgebrauch Dienstmänner, Packträger, Fußboten und Viehtreiber nicht als Frachtführer ansieht, und insbesondere nicht Anm. 2.

Digitized by Google

§ 425. als Kaufleute. Allein mit Recht wendet Hahn Art. 390 § 1 hiergegen ein, daß das Gesetz hier, wie bei der Begriffsbestimmung des Kaufmanns in § 1, einen eigenen Begriff aufgestellt hat, ohne Rücksicht darauf, ob sich dieser Begriff mit der Anschauung des Lebens und dem Sprachgebrauch deckt. (Vgl. RG. 20, 49; Förtsch Art. 390 Anm. 1 und 10.) Der Wortlaut des Gesetzes gestattet diese Einschränkung jedenfalls nicht, und so steht denn auch die herrschende Meinung auf dem hier vertretenen Standpunkte. (Hinsichtlich der Viehtreiber ROHG. 13, 133; überhaupt außer Hahn: Puchelt Art. 390 Anm. 4; Gareis-Fuchsberger 816 Anm. 3; Schott bei Endemann III 290; Düringer-Hachenburg III 534b; Lehmann-Ring § 425 Einl. Nr. 6; Makower § 425 IIe 2; ebenso RG. 6, 100.) — Über den Transport auf Schiffen und Flüssen s. unten Anm. 6.

Anm. 3. c) Zur Beförderung gehört nur eine Veränderung von Ort zu Ort, nicht notwendig von Ortschaft zu Ortschaft. Auch der Transport im Lokalverkehr ist getroffen (ROHG. 12, 197; RG. 20, 51). Deshalb gehört auch der Transport zum Zweck des Umzuges dazu, selbst wenn der Umzug nur von Stockwerk zu Stockwerk oder gar nur von Stube zu Stube bewirkt wird. Dagegen ist die Müllabfuhr kein Frachtgeschäft, weil es sich um keine Beförderung handelt, sondern Gegenstand des Geschäfts lediglich die Befreiung des Absenders von dem ihm lästigen Unrat ist (KG. in OLGR. 9, 237). Soll jedoch der Müll auf ein bestimmtes Grundstück gebracht werden, dann liegt ein Frachtgeschäft vor (Makower § 425 IIe). Die Beförderung muß den wesentlichen Gegenstand des Geschäfts bilden. Ist sie nur Nebenleistung eines anderen Geschäfts z. B. eines Lagergeschäfts, so liegt kein Frachtgeschäft vor (JW. 02, 79[12]; vgl. unten Anm. 7 u. § 416 Anm. 3). Wer daher im wesentlichen für andere Dienstleistungen hinsichtlich der Beförderung, Lagerung und Behandlung der Ware verrichtet und nur nebenbei in bezug auf diese Dienstleistungen Transporte von und nach den Speichern ausführt, wie die Hamburger Quartierleute, ist nicht Frachtführer (JW. 91, 12[33]). Umgekehrt können durch den Frachtvertrag neben der Beförderung auch Nebenleistungen z. B. eine zeitweilige Lagerung übernommen werden. So liegt ein Frachtgeschäft auch dann vor, wenn das Gut im Schiffe bis zur Bestimmung des Ablieferungsortes liegen bleiben soll (OLG. Hamburg OLGR. 2, 281; RG. 49, 92).

Anm. 4. d) Zur Beförderung gehört, daß das Gut dem Übernehmer übergeben wird. Nur dann kann der Frachtführer die Beförderung des Gutes unter eigener Verantwortung ausführen. Wer aber nur zum Zweck der Ausführung des Transports Dienste leistet oder auf Grund eines ihm erteilten Auftrags tätig wird, die Beförderung aber nicht auf eigene Rechnung ausführt, ist nicht Frachtführer, z. B. also nicht ein Posthalter (RG. in SächsA. 10, 312). Ebenso ist nicht Frachtführer, wer nur die Transportmittel oder seine Leute einem anderen zur Verfügung stellt, damit dieser dadurch in die Lage versetzt wird, die Beförderung selbst auszuführen. In diesem Falle liegt Miete oder Dienstvertrag vor (ROHG. 13, 135; OLG. Hamburg OLGR. 7, 471). Daher ist auch der Schleppvertrag kein Frachtvertrag (ROHG. 23, 320; RG. 10, 166; 59, 308; 62, 212; JW. 88, 235[6]); es sei denn, daß das zu schleppende Fahrzeug dem Schleppschiffer übergeben und während der Beförderung im Gewahrsam und unter Aufsicht des Schleppschiffers bleibt (RG. 6, 99). In der Regel ist der Schleppvertrag ein Werkvertrag. Er kann aber auch Dienstvertrag sein, wenn der Schleppschiffer lediglich sog. Vorspanndienste zu leisten hat (OLG. Hamburg OLGR. 11, 416; vgl. auch RG. 59, 308). Daß der Schleppschiffer während der Fahrt Weisungen des Führers des geschleppten Schiffes über die Kurshaltung zu befolgen hat, schließt in Hinblick auf § 642 BGB. die Annahme eines Werkvertrages nicht aus (RG. 59, 308). Wenn aber auch der Schleppvertrag nur ein gewöhnlicher Werkvertrag ist, so haftet der Schleppschiffer doch für die zur Verbringung des Schiffes an den Bestimmungsort erforderliche Sorgfalt. Er darf das geschleppte Schiff, wenn dieses ein Unfall trifft, nicht seinem Schicksal überlassen, sondern hat ihm, wenn auch gegen besondere Vergütung, Hilfe zu leisten. Seine Verpflichtungen aus dem Vertrage dauern fort, bis der Bestimmungsort erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist (RG. 62, 213).

Digitized by Google

2. **Güter** müssen transportiert werden. Menschen sind ausgeschlossen (über das Personentransportgeschäft vgl. § 472). Es müssen Sachen sein. Doch müssen die Güter nicht gerade Handelsgut darstellen, also sind auch gebrauchte Möbel, Kanonen usw. Transportgüter im Sinne der Vorschrift (StrA. 73, 362; RG. 20, 49). Auch braucht es überhaupt nicht ein Gut zu sein, welches Vermögenswert hat, sondern jeder bewegliche Gegenstand, der transportabel ist, ist ein Gut im Sinne der Vorschrift (RG. 20, 49; Schott bei Endemann III 291). Deshalb gehören zu den Gütern Tiere, auch Leichen (OLG. Hamburg ZHR. 36, 271; vgl. § 42 der Verkehrsordnung; Förtsch Art. 390 Anm. 5); ferner Geld in Paketen (ROHG. 12, 315), auch Briefe, weil bei diesen die Mitteilung an ein körperliches Substrat geknüpft ist, welches ein geeigneter Gegenstand des Transports ist (RG. 20, 49). Doch ist die Reichspost dem Handelsrecht entzogen (§ 452) und die Beförderung geschlossener Briefe und offener Drucksachen mit Aufschrift ist jetzt auch innerhalb des Orts durch das Reichsgesetz vom 25. Dezember 1899 Art. 3 seit dem 1. April 1900 den Privatunternehmern verboten. Den Privatpostanstalten bleibt frei die Beförderung von Drucksachen ohne Aufschrift, also auch Listen; auch hier liegt Güterbeförderung vor. Es geht dagegen zu weit, wenn Gareis-Fuchsberger (818 Anm. 1) das Telegramm und die durch das Telephon gerufene Mitteilung als ein Gut bezeichnen, welches an den Empfänger befördert wird, und wenn sie demgemäß die Geschäfte der Telegraphen- und Telephonanstalten als Frachtgeschäfte ansehen. Richtiger Ansicht nach sind solche Mitteilungen nicht als Güter zu bezeichnen, weil sie an ein körperliches Substrat nicht geknüpft und daher nicht als transportabel im körperlichen Sinne zu betrachten sind. Vielmehr fallen die Geschäfte der Telegraphenanstalten unter den Begriff des Werkvertrags (Übermittelung der Nachricht durch den elektrischen Funken; vgl. Cosack § 99 III; Förtsch Art. 390 Anm. 5), die der Telephonanstalten unter den Begriff der locatio conductio operarum et rei (die Postverwaltung stellt die technische Leitung zur Benutzung und die Dienste ihrer Beamten zum Zwecke der Verbindung zur Verfügung; vgl. Schott bei Endemann III 590 u. 613). § 425. Anm. 5.

Wem die Güter gehören, dem Absender oder einem Dritten ist gleichgültig. Auch wenn der Absender im Frachtvertrage von „seinen Gütern" spricht, ist er dadurch nicht gehindert, den Frachtvertrag durch Aufgabe fremder Güter zum Transport auszunutzen (Bolze 2 Nr. 969).

3. **Zu Lande oder auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern.** Was den Transport auf Flüssen und Binnengewässern anlangt, so findet auf ihn seit dem 1. Januar 1896 das HGB. nur noch insoweit uneingeschränkte Anwendung, als es sich um den Transport auf Flößen handelt, nicht auch dann, wenn es sich um den Transport auf Schiffen handelt. Das an dem gedachten Tage in Kraft getretene Flößereigesetz vom 15. Juni 1895 hat nämlich keine besonderen Vorschriften über den Frachtvertrag erlassen, wohl aber das Binnenschiffahrtsgesetz vom gleichen Datum bzw. nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 30. Mai 1898 (§§ 26 ff.). Seit Erlassung dieses letzteren Gesetzes fällt die Betrachtung des Frachtvertrages mittels Schiffen auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern nicht mehr in den Bereich eines Kommentars zum HGB. Anm. 6.

4. **Gewerbsmäßig.** Wer einen einzelnen Frachtvertrag schließt, auf den finden die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen keine Anwendung, es sei denn, daß es ein Kaufmann ist, der den Transport übernimmt (§ 451). Über den Begriff der Gewerbsmäßigkeit vgl. § 1 Anm. 6 ff. Hervorzuheben ist hier, daß Personen, die ein anderes Gewerbe betreiben, oft auch Gütertransporte nebenher, zur Unterstützung ihres eigentlichen Gewerbes ausführen, so z. B. Personentransportanstalten, die auch das Reisegepäck der Passagiere zum Transport übernehmen. Solche Gewerbetreibende werden durch derartige Verträge nicht Frachtführer, weil diese nur zur Unterstützung ihres Gewerbes dienen. Die betreffenden Frachtverträge sind jedoch dann, wenn die Gewerbetreibenden aus sonstigen Gründen Kaufleute sind, gemäß § 451 nach den Vorschriften des vorliegenden Abschnitts zu beurteilen, also z. B. die Frachtverträge der Personentransporteure dann, wenn sie unter den Begriff Transportanstalten Anm. 7.

Digitized by Google

§ 425. fallen (Schott bei Endemann III 293; Hahn Art. 390, § 9). Es ist aber hierbei erforderlich, daß die Beförderung Gegenstand eines selbständigen Vertrages ist; bildet sie nur die Nebentätigkeit zu einer anderen, den Hauptgegenstand des Vertrages ausmachenden Leistung, so finden die Vorschriften über das Frachtgeschäft keine Anwendung (vgl. oben Anm. 4). Als solche Nebenleistung ist die Beförderung des Gepäcks der Gäste durch den Hotelwagen von der Bahn in das Hotel anzusehen. Der Gastwirt haftet daher für dieses Gepäck nach § 701 BGB. (RG. 1, 83; OLG. Bamberg SeuffBl. 71, 632). Über die Beförderung des Handgepäcks durch die Eisenbahn vgl. RGSt. 35, 223; 37, 102 u. § 465 Anm. 6.

Anm. 8. Liegt Gewerbsmäßigkeit des Betriebes vor, so braucht das einzelne Geschäft nicht entgeltlich zu sein (vgl. § 1 Anm. 10a), dann ist auch der Staat Frachtführer. Vgl. hierüber § 36 Anm. 10. Auch auf den Umfang des Gewerbebetriebes kommt es nicht an. Der gewöhnliche Frachtfuhrmann und Frachtschiffer, der Gepäckträger, Dienstmann, Ewerführer fällt ebenso gut unter die Begriffsbestimmung des § 425, wie die große Transportanstalt, Eisenbahn, Postdampfschiffahrtsgesellschaft.

Anm. 9. 5. **Übernimmt.** Hier war im früheren Art. 390 der Ton auf die Ausführung der übernommenen Verpflichtung gelegt, nicht, wie bei der Spedition, auf die Übernahme der Verpflichtung. Jetzt ist auch hier, wie bei der Spedition und Kommission, der Ton auf die Übernahme gelegt. Es ist hierbei, wenn auch im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, so doch selbstverständlich, daß es sich um die Ausführung solcher Transporte handelt, welche von anderen übertragen werden. Daher ist nicht Frachtführer der Fabrikant, der innerhalb seines Gewerbebetriebes für sich selbst die Waren von einem Etablissement zum anderen transportiert, oder der Hausierer, der seine Ware mittels Fuhre von Ortschaft zu Ortschaft transportiert.

Derjenige, der mit dem Frachtführer den Frachtvertrag abschließt, ist der Absender (im Seerecht=Befrachter). Versender ist der, für dessen Rechnung der Absender handelt, vorausgesetzt, daß er überhaupt für fremde Rechnung den Frachtvertrag abschließt. So ist der Auftraggeber des Spediteurs der Versender, während der Spediteur der Absender ist. Auch der Empfänger kann der Absender sein, wie er auch der Versender sein kann. Der Frachtführer (im Seerecht=Verfrachter) kann der Klage des Absenders nicht entgegenhalten, daß der Absender den Frachtvertrag nicht auf eigene Rechnung geschlossen habe (JW. 90, 280[20]); der Absender kann vielmehr gegen den Frachtführer mit einer Schadensersatzklage auch das Interesse des Versenders geltend machen, z. B. der Spediteur das Interesse des Verkäufers (JW. 06, 191[7]; RG. 62, 335; vgl. § 392 Anm. 2 u. 3 u. § 408 Anm. 20).

Anm. 10. Liegt der Begriff der Übernahme und Ausführung eines Transports vor, so kommt es nicht darauf an, ob der Transport mittels eigener oder gemieteter Transportmittel oder auch in der Weise ausgeführt wird, daß der Übernehmer seinerseits mit Dritten Frachtverträge schließt (RG. 25, 112). Ebensowenig wird durch die Klausel „frei Dampf", welche bedeutet, daß der Absender für die Zugkraft zu sorgen hat, etwas an der Natur des Vertrages als Frachtvertrages geändert (Bolze 14, Nr. 406c; JW. 93, 100[23 u. 24]). Es kann daher auch jemand Frachtführer sein, der keinen einzigen Frachtwagen besitzt. Es genügt, daß er die Frachtverträge mit dem Dritten für eigene Rechnung (nicht für Rechnung des Absenders) schließt (Hahn Art. 390 § 11; ROHG. 20, 341). Infolgedessen hat das ROHG. die inzwischen eingegangene Norddeutsche Paketbeförderungsgesellschaft als Frachtführerin angesehen, obwohl sie die ihr zur Beförderung übergebenen Pakete durch die Eisenbahn befördern ließ ROHG. 9, 89); aus gleichem Grunde wäre die Post hinsichtlich der Paketbeförderung als Frachtführerin anzusehen, obwohl sie die Pakete mit der Eisenbahn befördert (Puchelt Art. 390 Anm. 12), sie ist jedoch durch § 452 dem Handelsrecht entrückt.

Anm. 11. Zur Ausführung des Transports gehört die Ablieferung an den Empfänger. Diese Verpflichtung des Frachtführers versteht sich daher von selbst (Bolze 19 Nr. 511).

Anm. 12. **Zusatz. Welches örtliche Recht ist anzuwenden?** Da der Frachtvertrag Werkvertrag ist, so schließt die Transporthandlung mit der Ablieferung des Gutes ab. Der Ort der Ablieferung ist daher Erfüllungsort für den Frachtvertrag (vgl. Ex. zu § 372 Anm. 13). Dort kann auch der

Digitized by Google

Empfänger nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsort (§ 435) sein Recht auf Auslieferung des Gutes oder sein Interesse wegen nicht gehöriger Erfüllung klagend geltend machen (RG. 40, 408; Bolze 20 Nr. 731a; JW. 05, 147[30]; OLG. Hamburg OLGR. 9, 132). Nach dem Rechte des Ablieferungsortes richtet sich auch die Haftung des Frachtführers (RG. 25, 107; OLG. Darmstadt HessRspr. 7, 113; vgl. Exk. zu § 372 Anm. 13). Nach dem Recht und den Gebräuchen des Ablieferungsortes bestimmen sich ferner die Modalitäten der Ablieferung (RG. 38, 196). Dagegen kommen die Gebräuche am Niederlassungsort des Frachtführers für die Auslegung des Frachtvertrages in Betracht (OLG. Darmstadt HessRspr. 7, 113). Das Recht des Niederlassungsortes ist auch maßgebend für die Frage, ob für eine Transportanstalt ein Rechtszwang zum Vertragsabschluß auf Grund der veröffentlichten gewöhnlichen Frachttarife besteht. Bei einer Eisenbahn, die ihr Frachtgeschäft von allen ihren Stationen aus betreibt, ist das Recht am Orte der Station maßgebend, wo sie den Transportvertrag sich einzugehen weigert (RG. 48, 122; 57, 145). § 425.

§ 426.

Der Frachtführer kann die Ausstellung eines Frachtbriefs verlangen. § 426.

Der Frachtbrief soll enthalten:

1. den Ort und den Tag der Ausstellung;
2. den Namen und den Wohnort des Frachtführers;
3. den Namen dessen, an welchen das Gut abgeliefert werden soll (des Empfängers);
4. den Ort der Ablieferung;
5. die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
6. die Bezeichnung der für eine zoll- oder steueramtliche Behandlung oder polizeiliche Prüfung nöthigen Begleitpapiere;
7. die Bestimmung über die Fracht sowie im Falle ihrer Vorausbezahlung einen Vermerk über die Vorausbezahlung;
8. die besonderen Vereinbarungen, welche die Betheiligten über andere Punkte, namentlich über die Zeit, innerhalb welcher die Beförderung bewirkt werden soll, über die Entschädigung wegen verspäteter Ablieferung und über die auf dem Gute haftenden Nachnahmen, getroffen haben;
9. die Unterschrift des Absenders; eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Unterschrift ist genügend.

Der Absender haftet dem Frachtführer für die Richtigkeit und die Vollständigkeit der in den Frachtbrief aufgenommenen Angaben.

Lit: Jäckel, Das deutsche Frachtbriefrecht mit Ausschluß des Frachtbriefduplikats, 1905; Sped.- u. Schiffztg. 05, 609. Im übrigen s. zu § 425.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph behandelt **das Recht auf Ausstellung eines Frachtbriefes** (Abs. 1) und **die Gestalt des Frachtbriefes** (Abs. 2), ferner die Vorschrift, daß der Absender dem Frachtführer für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Frachtbriefes haftet (Abs. 3).

Vorher ist jedoch die rechtliche Bedeutung des Frachtbriefes zu erörtern.

Anm. 1.

1. **Die rechtliche Bedeutung des Frachtbriefes.** Hierüber sagte der frühere Art. 391: Der Frachtbrief dient als Beweis über den Vertrag zwischen dem Frachtführer und dem Absender. Diese Vorschrift ist im neuen HGB. nur deshalb weggelassen, weil sich dies von selbst ergibt und im Gesetze nicht ausgesprochen zu werden braucht (D. 255). Richtig ist dies also auch jetzt. Doch macht Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 485, mit Recht darauf aufmerksam, daß der Frachtbrief in einzelnen Beziehungen mehr ist als Beweisurkunde, nämlich die Grundlage der gegenseitigen Rechtsbeziehungen der Beteiligten (vgl.

Digitized by Google

§ 426. z. B. § 436). Aber im allgemeinen muß daran festgehalten werden, daß es keine Dispositivurkunde, sondern bloße Beweisurkunde ist. Im einzelnen gilt hierüber folgendes:

a) **Er dient als Beweis.** Darin liegt zweierlei:

Anm. 2. α) Er ist nur ein Beweismittel. Er bedeutet nicht etwa die Form, von deren Einhaltung die Gültigkeit des Frachtvertrages abhängt. Der Frachtvertrag folgt vielmehr der Formfreiheit des BGB. (ROHG. 12, 198). Über die Form des Eisenbahnfrachtvertrages s. zu § 453).

Anm. 3. β) Er liefert Beweis, wie jede Privaturkunde. Er beweist also nach § 416 CPO. zunächst nur, daß die in ihm enthaltene Erklärung vom Absender abgegeben ist. Dadurch aber, daß der Frachtführer den Frachtbrief annimmt, macht er seinerseits den Inhalt des Frachtbriefes zum entsprechenden Inhalt seiner eigenen Erklärung. Der Frachtbrief beweist daher nach seiner Annahme durch den Frachtführer den Abschluß und Inhalt des Frachtvertrages (RG. in OLGR. 6, 96). Insoweit jedoch der Frachtbrief Angaben enthält, die der Frachtführer nicht nachzuprüfen verpflichtet ist, oder die er nicht nachprüfen kann, insoweit kann auch sein Einverständnis mit dem Inhalt des Frachtbriefes nicht unterstellt werden. Derartige Angaben sind nur einseitige Erklärungen des Absenders. Hierher gehört die Angabe des Inhalts einer verschlossenen Sendung; desgleichen die Wertdeklaration. Diese erübrigt daher bei einem Verlust des Gutes nicht den Beweis seines Wertes, sie setzt aber gegenüber dem Absender den Höchstbetrag der zu gewährenden Entschädigung fest (vgl. § 429 Anm. 2δ). Der Gegenbeweis gegen die materielle Beweiskraft des Frachtbriefes, also gegen die Richtigkeit oder Wirksamkeit seines Inhalts, ist wie bei anderen Privaturkunden unbeschränkt zulässig (Bolze 9 Nr. 365); z. B. bezüglich der Menge und der Stückzahl (ROHG. 7, 216; RG. in EisenbE. 2, 436; bezüglich der Frachtberechnung (ROHG. 9, 71; 21, 181; 23, 304; RG. in EisenbE. 2, 35 und 436). Auch gegen den nach Maßgabe des § 54 VerkO. unterstempelten Frachtbrief ist der Gegenbeweis zulässig (ROHG. 9, 439; 17, 120; RG. in Holdheim 05, 270). Die in § 54 Abs. 4 VerkO. enthaltene Beschränkung der Beweiskraft des unterstempelten Frachtbriefes beruht auf der Bestimmung des § 459 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 und ist daher gültig (vgl. § 459 Anm. 7; Eger § 54 VerkO. Anm. 239). Auch sonst kann die Beweiskraft durch Vereinbarung, insbesondere durch Vermerke im Frachtbriefe beseitigt oder eingeschränkt werden; so z. B. wenn der Frachtführer den Vermerk macht: wegen Andrangs nicht gewogen (ROHG. 8, 196). Weiter ist zu bemerken, daß dem Absender der Gegenbeweis gegen den Frachtbrief insoweit verschränkt ist, als Abs. 3 unseres Paragraphen reicht. Die dort angeordnete Haftung wird durch den Gegenbeweis der Unrichtigkeit der Angabe naturgemäß nicht beseitigt. Es muß umgekehrt der Absender dem Frachtführer für die Richtigkeit der Angaben haften.

Anm. 4. γ) Er ist nicht etwa das einzig zulässige Beweismittel für den Frachtvertrag und seine Bedingungen, wie schon daraus erhellt, daß bei zahlreichen Frachtverträgen nach der Verkehrssitte Frachtbriefe überhaupt nicht ausgestellt werden, so im Postverkehr bei Briefen und Drucksachen, bei Dienstmännern, bei Möbeltransportanstalten. Auch wenn ein Frachtbrief ausgestellt ist, ist der Beweis nicht verschränkt, daß daneben noch andere Vereinbarungen getroffen sind (Schott bei Endemann III 310). Soweit freilich der Frachtbrief die Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen anderen Personen ist, als zwischen Absender und Frachtführer (vgl. § 436), ist dieser Gegenbeweis versagt.

Werden von dem Frachtführer, wie dies bei größeren Transportanstalten handelsüblich geworden ist, die allgemeinen Geschäftsbedingungen, unter denen der Transportunternehmer den Frachtvertrag abzuschließen beabsichtigt, den beteiligten Geschäftsleuten durch Zusendung gedruckter Formulare bekannt gegeben und wird demnächst mit dem Empfänger eines derartigen Formulars ein Frachtvertrag abgeschlossen, so bilden diese allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Teil des Vertragsinhalts. Sie sind also für den Transportunternehmer wie für den Absender bindend (RG. 13, 68; 58, 155; vgl. § 346 Anm. 15).

Digitized by Google

δ) Gegen wen beweist er? Für und gegen beide Vertragsteile (vgl. Anm. 3 und 7). Nicht nur gegen den Aussteller, sondern auch gegen den Frachtführer (ROHG. 11, 209; RG. in EisenbE. 1, 38 und 334). Dies folgt aus dem Rechtsgrunde der Beweiskraft (vgl. Anm. 3). Über die Beweiskraft gegenüber anderen Interessenten s. Anm. 4 und 7. § 426. Anm. 5.

ε) Die Beweiskraft beruht auf der Aushändigung und Annahme des Frachtbriefes und beginnt daher mit der Tätigung dieser Akte. Dies folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Hahn Art. 391 § 1). Nachträgliche einseitige Veränderungen des Frachtbriefes, z. B. hinsichtlich der Haftbarkeit des Frachtführers, haben keine Wirkung (ROHG. 11, 209). Anm. 6.

b) **Über den Vertrag zwischen dem Frachtführer und dem Absender** dient der Frachtbrief als Beweis. Doch wird allgemein angenommen, daß der Frachtbrief die gleiche Beweiskraft für und gegen alle Beteiligten hat, die in den Frachtvertrag eintreten (Goldschmidt Handb. 739; Eger 1, 51; Düringer-Hachenburg III 538; Lehmann-Ring § 426 Nr. 4; Goldmann § 426 Anm. 7; Makower § 426 Ib 2). Insbesondere ist angenommen, daß der Empfänger sich durch Annahme des Frachtgutes und des Frachtbriefes dem Frachtvertrage nach Maßgabe desselben unterwirft (ROHG. 21, 181), gegebenenfalls auch zur Erlegung der durch unrichtige Deklaration des Absenders im Frachtbriefe verwirkten Vertragsstrafe verpflichtet ist (ROHG. 21, 185; OLG. Frankfurt in Holdheim 06, 55), auch wenn er keine Kenntnis von der falschen Deklaration hatte (RG. in EisenbE. 2, 436). Anm. 7.

2. (Abs. 2.) **Der Frachtführer kann die Ausstellung eines Frachtbriefes verlangen.** Das gesetzliche Recht auf Ausstellung eines Frachtbriefes besteht auch dann, wenn die Ausstellung nicht üblich ist (Hahn Art. 391 § 5). Doch fällt dieses Recht weg, wenn ein Handelsgebrauch dahin festzustellen ist, daß der Frachtführer die Ausstellung eines Frachtbriefes nicht verlangen darf (§§ 157, 242 BGB.; § 346 HGB.; vgl. Allg. Einl. Anm. 27; a. M. Düringer-Hachenburg III 536; Lehmann-Ring § 426 Nr. 6; Goldmann § 426 Anm. 3). Ein solcher Handelsgebrauch dürfte im Verkehr mit den Möbeltransportanstalten und mit den Dienstmännern anzunehmen sein. Üblich ist er wohl nur im Eisenbahnverkehr (vgl. § 51 VerkO.) und im Paketverkehr mit der Post, wo die Begleitadresse den Frachtbrief darstellt. Anm. 8.

Im übrigen wollte diese Vorschrift nicht bestimmen, daß nur der Frachtführer die Ausstellung, nicht auch, daß der Absender die Annahme des Frachtbriefes verlangen kann (Hahn Art. 391 § 4; Eger 1, 56; Makower § 426 II; a. M. Düringer-Hachenburg III 536; Lehmann-Ring § 426 Nr. 6). Nach § 54 Nr. 5 und 7 VerkO. kann der Absender von der Eisenbahn ein eine Bescheinigung über den Empfang des Gutes enthaltendes Frachtbriefduplikat oder unter Umständen einen Annahmeschein verlangen. Im internationalen Frachtverkehr ist die Erteilung des Duplikats sogar obligatorisch; es wird also auch ohne Verlangen erteilt (Art. 8 des Berner Vertrages). Anm. 9.

3. (Abs. 2). **Die Gestalt des Frachtbriefes.** Der Frachtbrief soll nach Abs. 2 unseres Paragraphen die hier aufgezählten 9 Erfordernisse haben. Anm. 10.

a) Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift. Wenn der Frachtführer kraft Rechtssatzes das Recht hat, die Ausstellung eines Frachtbriefes zu verlangen, so kann er die Ausstellung eines Frachtbriefes verlangen, der den hier aufgezählten Erfordernissen entspricht, und umgekehrt befreit sich der Ausstellungsverpflichtete durch Ausstellung eines so beschaffenen Frachtbriefes. Es ist aber nicht gemeint, daß nur eine mit allen diesen Erfordernissen ausgestattete Urkunde überall dort, wo das Gesetz von einem Frachtbriefe spricht, als Frachtbrief zu betrachten ist, während eine das eine oder das andere Erfordernis entbehrende Urkunde eine derart mangelhafte Urkunde wäre, daß ihr keine Beweiskraft zukäme und daß sie nicht die Rechtsfolgen der §§ 432 Abs. 2, 433, 435, 436 erzeugte. Vielmehr ist es Sache richterlichen Ermessens, wie weit trotz Fehlens eines Erfordernisses eine derartige Urkunde als Frachtbrief anzusehen ist oder nicht, insbesondere wie weit ihr Beweiskraft zukommt. Dagegen muß eine diesem Paragraphen entsprechende Urkunde überall als vollständiger Frachtbrief angesehen werden (Hahn Art. 392 § 1). Die Aufnahme weiterer Erklärungen ist jedoch nicht unzulässig. So

Digitized by Google

§ 426. hat die Eisenbahnverkehrsordnung im § 51 umfassendere Angaben vorgeschrieben, aber andererseits im § 51 Abs. 2 die Aufnahme weiterer Erklärungen, als die von ihr vorgeschriebenen als unzulässig erklärt. Gleichwohl ist auch diese letztere Vorschrift nicht dahin zu verstehen, daß der Frachtbrief durch Aufnahme weiterer Erklärungen jeder rechtlichen Bedeutung entbehrt, sondern nur dahin, daß die Eisenbahn auf Grund eines solchen Frachtbriefes die Beförderung ablehnen bzw., wenn er aus Versehen angenommen wurde, die Ausstellung eines neuen vorschriftsmäßigen Frachtbriefes verlangen kann.

Anm. 11. b) Zu den einzelnen Erfordernissen ist zu bemerken.

Zu Nr. 3 und 4: Die Bestimmung des Empfängers und des Ortes der Ablieferung kann auch vorbehalten werden (Hahn Art. 392 §§ 3, 4). Doch kann der Frachtbrief niemals wirklich an Order gestellt werden und noch weniger auf den Inhaber (Hahn Art. 392 § 3). — Unter dem Ort der Ablieferung ist der Bestimmungsort zu verstehen, auch wenn es daselbst zu einer Ablieferung nicht kommt, wie bei bahnlagernden Sendungen (Puchelt Art. 392 Anm. 8). — Als Empfänger kann der Absender sich selbst bezeichnen.

Anm. 12. Zu Nr. 5. Unrichtige Angaben über die Beschaffenheit, Menge, Beschädigung oder mangelhafte Verpackung verpflichten den Absender zum Ersatze des daraus dem Frachtführer erwachsenen Schadens (vgl. Abs. 3 und dazu unten Anm. 15 ff., ferner § 83 VerkO.; § 59 BSchG.), sowie zur Erlegung der festgesetzten Vertragsstrafe, können auch gegebenenfalls die Strafe des Betruges nach sich ziehen (RG. 1, 199; 5, 249). — Das Merkzeichen, gewöhnlich signum genannt, muß in dem Frachtbriefe und auf dem Gute enthalten sein (Eger 1, 86).

Anm. 13. Zu Nr. 6. Die Vorschrift war im früheren HGB. nicht enthalten; vgl. hierzu § 427.

Zu Nr. 7. Hier ist gegenüber dem früheren HGB. neu die Vorschrift über den Vermerk betreffend die Vorausbezahlung der Fracht.

Zu Nr. 8. Hier ist an die Abmachungen über Schlepplohn, Lichter- und Winterkosten, Stand- und Liegegelder zu denken (vgl. § 66 BSchG.). Neu ist die Vorschrift über die Angabe

Anm. 14. der Vereinbarungen betreffend die auf dem Gute haftende Nachnahme.

Zu Nr. 9. Diese Vorschrift war im früheren HGB. nicht enthalten. Es genügt also nicht, wie früher, daß der Frachtbrief den Absender bezeichnet, sondern er muß jedenfalls die Unterschrift des Absenders enthalten. Auch diese Vorschrift ist nicht als wesentlich in dem Sinne zu betrachten, als ob kein Frachtbrief vorläge, wenn die Unterschrift des Absenders fehlt (vgl. oben Anm. 10). Insbesondere greift der § 125 BGB. (ein Rechtsgeschäft, das der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig) nicht Platz. Denn in diesem Sinne ist die Form nicht vorgeschrieben, der Frachtbrief ist nicht die Formvoraussetzung für den Frachtvertrag (vgl. oben Anm. 2). Wohl aber muß § 126 BGB. entsprechend angewendet werden, d. h. die Unterschrift muß in der Weise erfolgen, wie gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Erklärungen zu unterschreiben sind (vgl. daher § 350 Anm. 44 ff., insbesondere auch darüber, ob die Unterschrift durch Vertreter geleistet werden kann). Jedoch ist hier gestattet, daß die Unterschrift im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellt wird, sie braucht also nicht notwendig geschrieben zu sein. Dagegen genügt nicht Unterstempelung, vielmehr ist Faksimilierung gemeint (dies gegen Cosack § 86 I, 2; vgl. § 793 Abs. 2 Satz 2 EGE.). Ein Frachtbrief, der diesen Erfordernissen nicht genügt, ist kein Frachtbrief, wie ihn der Frachtführer verlangen kann. Natürlich kann er sich auch mit dem bloßen Stempel begnügen und beim Eisenbahnfrachtbrief kann nach

Anm. 15. § 51 Nr. 1 m VerkO. die Unterschrift auch gedruckt und gestempelt sein.

4. (Abs. 3). **Haftung des Absenders für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Frachtbriefangaben.** Diese Vorschrift bedeutet nicht etwa, daß die Angaben im Frachtbriefe unbedingt für den Inhalt im Frachtvertrag maßgebend sind; vielmehr ist, wie bereits oben Anm. 3 dargetan, der Gegenbeweis der Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der Angaben gestattet. Auch dem Absender ist dieser Gegenbeweis nicht verschränkt. Wenn z. B. der Frachtführer die zum Versand gebrachten Quantitäten falsch bezeichnet (etwa 1000 Pfd. Zucker, statt 100 Pfund Zucker), so folgt daraus keineswegs, daß der Absender die Fracht für 1000 Pfund Zucker zu bezahlen hat. Vielmehr ist ihm der Gegenbeweis, daß der Frachtbrief die Quantität unrichtig bezeichnet,

Digitized by Google

wohl verstattet. Der Absender haftet jedoch, und das ist es, was unser Paragraph besagt, dem Frachtführer für alle schädlichen Folgen, welche dadurch entstehen, daß der Frachtführer der Angabe im Frachtbriefe vertraut hat, so z. B. wenn er mit Rücksicht auf die größere Quantität einen größeren Platz in seinem Fahrzeuge freigelassen und dadurch Schaden erlitten hat. § 426.

Die Haftung ist von einem Verschulden des Absenders nicht abhängig (OLG. Naumburg Ztg. d. Ver. d. EisVerw. 04, 432). Die Angabe im Frachtbriefe enthält hiernach eine Art Garantie der Richtigkeit. Dagegen ist es selbstverständlich, daß die Schadensersatzpflicht beseitigt oder beschränkt werden kann durch konkurrierendes Versehen des Frachtführers (§ 254 BGB.; vgl. Litthauer Anm. e). Anm. 16.

Nach § 53 Abs. 7—12 VerkO. hat die Eisenbahn das Recht zur Erhebung von Frachtzuschlägen bei unrichtiger Angabe des Inhalts einer Sendung, bei zu niedriger Angabe des Gewichts und bei Überlastung eines vom Absender selbst beladenen Wagens. Dieser Frachtzuschlag hat die Natur einer Vertragsstrafe und den Zweck, auf die Erfüllung der dem Absender nach § 426 HGB., § 53 Abs. 7 VerkO. obliegenden Verpflichtung der richtigen und vollständigen Angabe des Inhalts der Sendung hinzuwirken (RG. 47, 37; OLG. Hamm EisenbE. 22, 16; RG. bei Holdheim 05, 268; RG. 64, 286; Schmidt in EisenbE. 22, 195 ff.; OLG. Frankfurt in Holdheim 06, 55). Als Vertragsstrafe ist der Frachtzuschlag dann nicht verwirkt (§§ 339, 278 BGB.), wenn der Absender nachweisen kann, daß ihn an der unrichtigen Angabe kein Verschulden trifft (RG. in Holdheim 05, 268). Die Eisenbahn verliert ferner den Anspruch auf den Frachtzuschlag, wenn sie die unrichtige Bezeichnung des Gutes im Frachtbriefe trotz Kenntnis derselben zugelassen hat (OLG. Hamm in EisenbE. 22, 16; RG. in Holdheim 05, 268). Über die Verjährung der Forderung auf den Frachtzuschlag vgl. § 470 Anm. 4.

Die Haftung kann durch Abrede der Parteien auch eingeschränkt werden. Insbesondere kann sie auf den Fall schuldhaften Verhaltens beschränkt werden. Sie kann auch ganz beseitigt werden. Nur von den Folgen des eigenen Vorsatzes kann man sich im voraus durch Abrede nicht befreien (§§ 276, 278 BGB.). Anm. 17.

Zusatz 1. Außer dem Frachtbriefe kommen im Frachtgeschäft noch vor: Frachtbriefduplikate im Eisenbahnfrachtverkehr, vgl. § 455; Ladescheine mit der Eigenschaft eines Dispositionspapieres, vgl. §§ 444 ff.; der Gepäckschein als Empfangsschein über die Aushändigung des Gutes und gemäß § 33 Ziff. 1 VerkO. zugleich mit der Eigenschaft eines sog. hinkenden Inhaberpapiers, da hiernach die Eisenbahn berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, das Gut jedem Überbringer des Gepäckscheins auszuliefern; der Beförderungsschein, der in dem Falle des § 39 VerkO. (Expreßgut) den Frachtbrief ersetzt und wie dieser die Sendung begleitet (§ 40 Abs. 2 VerkO.), und in den Fällen des § 43 VerkO. (Leichentransport) und des § 45 VerkO. (Transport lebender Tiere) an Stelle des Gepäckscheins tritt und die Eigenschaften eines solchen hat, zugleich aber auch als Fahrtausweis der Begleitpersonen dient. Anm. 18.

Zusatz 2. Wer trägt den Frachturkundenstempel? Nach § 34 Abs. 1 des Reichsstempelgesetzes vom 3. Juni 1906 trifft die öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Bezahlung des Frachturkundenstempels bei inländischen Frachturkunden den Aussteller des Frachtbriefes, also den Absender, bei ausländischen den Empfänger der Sendung. Im Eisenbahnverkehr ist jedoch nach § 34 Abs. 2 des Gesetzes der Frachtführer zur Entrichtung der Stempelabgabe verpflichtet. Ihm bleibt es nach dem Gesetz überlassen, den verauslagten Betrag „vom Absender oder Empfänger" einzuziehen. Die Eisenbahnverwaltung dient als Mittelsperson zur Einziehung der Stempelabgabe von dem Steuerpflichtigen. Der Steuerfiskus erhebt zunächst die Abgabe von der Eisenbahnverwaltung, um dadurch die Erhebung einfacher zu gestalten und andererseits den Eingang der Abgabe sicherzustellen. Eine Verschiebung der Steuerpflicht ist durch diese Bestimmung nicht beabsichtigt (vgl. die Regierungsbegründung zu Art. 3 des Entwurfs). Hiernach ist der Eisenbahn keine alternative Befugnis zur Einziehung der von ihr zunächst entrichteten Stempelabgabe von dem Absender oder Empfänger eingeräumt. Sie hat sich vielmehr an den zu halten, dem nach § 34 Abs. 1 die Steuerpflicht zur Last fällt, also bei inländischen Frachturkunden an den Ab- Anm. 19.

Digitized by Google

§ 426. sender, bei ausländischen an den Empfänger (ebenso Lueder in DJZ. 06, 1254; anders die dort angeführte Verfügung des preuß. Finanzministers vom 13. September 1906).

Eine andere Frage ist, wer im Verhältnis zwischen Absender und Empfänger den Frachturkundenstempel zu tragen hat. Zur Entscheidung dieser Frage können die Bestimmungen der §§ 426, 427 HGB. nicht herangezogen werden; diese betreffen nur das Verhältnis des Absenders zum Frachtführer (anders Lueder a. a. O.). Maßgebend ist allein das der Versendung zugrunde liegende Rechtsverhältnis. Liegt ein Kaufgeschäft vor, so hat der Empfänger nach § 448 BGB. die Stempelabgabe als Kosten der Versendung zu tragen. Nach altem Handelsbrauch fallen zwar dem Verkäufer die Kosten der Ausstellung des Frachtbriefes zur Last. Hieraus kann aber seine Verpflichtung, nunmehr auch die erheblichen Kosten der für den ausgestellten Frachtbrief zu entrichtenden Stempelabgabe zu tragen, nicht abgeleitet werden. Die Stempelabgabe ist überdies nur äußerlich aus steuertechnischen Gründen an den Frachtbrief geknüpft. Getroffen werden soll durch die Steuer nicht die Ausstellung einer Frachturkunde, sondern der durch die Versendung bewirkte Güteraustausch.

§ 427.

§ 427. **Der Absender ist verpflichtet, dem Frachtführer die Begleitpapiere zu übergeben, welche zur Erfüllung der Zoll-, Steuer- oder Polizeivorschriften vor der Ablieferung an den Empfänger erforderlich sind. Er haftet dem Frachtführer, sofern nicht diesem ein Verschulden zur Last fällt, für alle Folgen, die aus dem Mangel, der Unzulänglichkeit oder der Unrichtigkeit der Papiere entstehen.**

Lit.: wie zu §§ 425, 426.

Anm. 1. 1. Der erste Satz ist eine Folge der Stellung des Absenders zum Frachtführer überhaupt. Der Frachtführer hat den Transport auszuführen, für die Transport**bereitschaft** des Gutes hat der Absender zu sorgen und dazu gehört auch die Übergabe der erforderlichen Begleitpapiere. Hervorgehoben waren früher nur die zoll- und steueramtlichen Begleitpapiere; jetzt sind auch die Papiere hervorgehoben, die zur Erfüllung von Polizeivorschriften erforderlich sind, so z. B. beim Transport von Giften, Explosivstoffen, Vieh, Leichen usw.

Anm. 2. 2. Der zweite Satz, auf dem der Schwerpunkt des Paragraphen ruht, enthält die Vorschrift, daß der Absender die Gefahr trägt für die Unrichtigkeit und Unzuverlässigkeit der Begleitpapiere, wenn nicht etwa den Frachtführer ein Verschulden trifft. Die Vorschrift ist eine Ausdehnung des im § 426 Abs. 3 ausgesprochenen Grundprinzips.

Anm. 3. a) Der Absender trägt die Gefahr, auch ohne daß ein Verschulden seinerseits vorläge (ROHG. 24, 213). Ebensowenig kann er sich damit entschuldigen, daß seine Leute die Schuld trifft (StrA. 67, 143).

Anm. 4. b) Er muß dem Frachtführer den Schaden ersetzen, der diesem erwächst. Strafen, zu denen der Frachtführer verurteilt ist, muß er diesem bezahlen, auch wenn der Frachtführer sie noch nicht bezahlt hat, da er nicht in Vorschuß zu gehen braucht (ROHG. 13, 6). Außerdem muß er den ihm selbst erwachsenen Schaden ebenfalls tragen (z. B. Konfiskation seiner Ware).

Anm. 5. c) Nur dann gilt die Vorschrift nicht, wenn den Frachtführer ein Verschulden trifft. Der Frachtführer bedeutet nur den Gegensatz zum Absender, während seine Haftung für andere Personen hier wie sonst besteht, besonders auch die Haftung für seine Leute nach § 278 BGB. und § 431 HGB. (vgl. Förtsch Art. 393 Anm. 1; Makower §§ 427 Anm. II a 3; Düringer-Hachenburg III 545). Ein Verschulden wird regelmäßig darin liegen, daß er den Absender nicht darüber belehrt hat, daß Begleitpapiere erforderlich oder die überreichten nicht ausreichen, da der Frachtführer den Verhältnissen näher steht oder stehen sollte, als der Absender, und für verpflichtet erachtet werden muß, nach dieser Richtung eine sorgfältige Prüfung vorzunehmen (Hahn Art. 393 § 2; a. M. Makower § 427 II a 3). Trifft den Frachtführer allein das Verschulden, so muß er seinen eigenen Schaden tragen und dem

Digitized by Google

Absender den diesem erwachsenen Schaden ersetzen. Trifft beide Teile ein Verschulden, so greifen die allgemeinen Grundsätze über konkurrierendes Verschulden Platz (§ 254 BGB.). Hier sollte nur verordnet werden, daß die Verpflichtung des Absenders zur alleinigen Tragung der Gefahr wegfällt, wenn den Frachtführer ein Verschulden trifft. § 427.

Sowohl der Absender als der Frachtführer können ihre Haftung durch Vereinbarung ausschließen oder mildern; nur die Haftung für eigenen Vorsatz kann im voraus durch Abrede nicht ausgeschlossen werden (vgl. § 426 Anm. 17). Der § 59 Abs. 2 VerkO. und des öst. Betr.Regl. lehnt eine Verantwortlichkeit für Verschuldung der Eisenbahn nicht ab. Sie sollen nur von der Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Begleitpapiere befreit werden; insbesondere sind sie auch verpflichtet, den Absender auf Befragen mit der erforderlichen Sorgfalt Auskunft zu erteilen (Eger § 59 VerkO. Anm. 278). Anm. 6.

Zusatz. Die Vorschrift des zweiten Satzes ist eine Sondervorschrift und darf über den Tatbestand, für den sie geschaffen ist, nicht ausgedehnt werden. Sie bezieht sich daher nicht auf den Frachtführer, der auf Grund eines durchgehenden Frachtbriefes das Frachtgut mit den vom Absender übergebenen Begleitpapieren zur Weiterbeförderung übergibt, da er nicht als Absender, sondern als Frachtführer tätig ist (ROHG. 24, 214). Die Vorschrift bezieht sich ferner nicht auf den Fall der Nichtübergabe oder unvollständigen oder ungehörigen Übergabe sonst erforderlicher Begleitpapiere (vgl. Anm. 1) und endlich nicht auf den Fall, daß ein Schaden durch die Beschaffenheit des Gutes entsteht. Anm. 7.

In letzterem Falle haftet, wenn dem Frachtführer ein Schaden erwächst, der Absender nur nach allgemeinen Grundsätzen, also wenn ihn ein Verschulden trifft, z. B. wegen äußerlich nicht erkennbarer ungehöriger Verpackung, wegen Verheimlichung besonderer Gefährlichkeit oder wegen Verletzung der Vertragsabreden, Reglements usw. (RG. 15, 151; 20, 78). Auch unverschuldet unrichtige Angaben im Frachtbriefe genügen zur Entstehung der Schadensersatzpflicht (§ 426 Abs. 3). Anm. 8.

Selbstverständlich bezieht sich der Paragraph nicht auf das Verhältnis des Absenders zum Empfänger (JW. 95, 16[43]). Anm. 9.

§ 428.

Ist über die Zeit, binnen welcher der Frachtführer die Beförderung bewirken soll, nichts bedungen, so bestimmt sich die Frist, innerhalb deren er die Reise anzutreten und zu vollenden hat, nach dem Ortsgebrauche. Besteht ein Ortsgebrauch nicht, so ist die Beförderung binnen einer den Umständen nach angemessenen Frist zu bewirken. § 428.

Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert, so kann der Absender von dem Vertrage zurücktreten; er hat jedoch den Frachtführer, wenn diesem kein Verschulden zur Last fällt, für die Vorbereitung der Reise, die Wiederausladung und den zurückgelegten Theil der Reise zu entschädigen. Ueber die Höhe der Entschädigung entscheidet der Ortsgebrauch; besteht ein Ortsgebrauch nicht, so ist eine den Umständen nach angemessene Entschädigung zu gewähren.

Lit. wie zu § 425.

Der Paragraph beschäftigt sich mit zwei verschiedenen Fragen: mit einer Frage betreffend den Antritt und die Vollendung der Reise (Abs. 1) und mit einer Frage betreffend den Eintritt eines Reisehindernisses (Abs. 2). Einleitung.

1. (Abs. 1). Eine Frage betreffend den Antritt und die Vollendung der Reise. Es ist der Fall vorausgesetzt, daß eine Transportfrist nicht bedungen ist, weder ausdrücklich noch stillschweigend. Ist sie bedungen, dann kommt es auf den Zeitpunkt des Antritts der Reise nicht an, weil es sich dann nur um die rechtzeitige Ablieferung handelt. Ist aber eine Transportfrist nicht bedungen, so hat der Absender ein rechtliches Interesse daran, daß Anm. 1.

Digitized by Google

§ 428. der Frachtführer die Reise antritt. Es hat dies dann in ortsgebräuchlicher, oder mangels eines Ortsgebrauchs in angemessener Frist zu erfolgen. Was den Ortsgebrauch betrifft, so ist derjenige des Abgangsorts maßgebend. Als solcher gilt der Ort, von dem aus der Transport bewirkt wird. Regelmäßig ist dies der Aufgabeort; es kann aber sein, daß im gegebenen Falle schon die „Zureise" des Frachtführers in den Bereich des Frachtverkehrs fällt, was meist aus der Frachtberechnung zu erkennen sein wird (Hahn Art. 394 § 1). Welche Frist angemessen ist, entscheidet der Richter in Streitfällen, sei es, daß nach beendeter Reise hierüber Streitigkeiten entstehen, oder daß der Absender den sich weigernden Frachtführer zum Antritt der Reise zwingen will. Letzteres ist ihm nach der CPO. nicht verwehrt, obwohl bei den Beratungen des HGB. eine diesbezügliche Vorschrift abgelehnt wurde.

Anm. 2. Von der Verpflichtung, die Reise fortzusetzen und zu vollenden, gilt das gleiche; auch die Fortsetzung und Vollendung muß mit angemessener Frist, ohne Umwege und ohne unnötige Verzögerungen geschehen.

Anm. 3. 2. (Abs. 2). Die Frage über den Eintritt eines Reisehindernisses. Vorausgesetzt ist der Fall, daß der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden zeitweilig verhindert wird. Die Wirkung ist Rücktrittsrecht des Absenders mit Pflicht zur Teilentschädigung.

a) **Die Voraussetzungen.**

α) Erste Voraussetzung ist, daß das Hindernis nicht auf einem Verschulden des Absenders beruht. Dazu gehören insbesondere Naturereignisse und sonstige Unfälle, ferner auch ein vom Frachtführer verschuldetes Hindernis. Wenn aber z. B. die Umstände in dem Zustand der Güter liegen, so hat der Absender das Hindernis zu vertreten und das Rücktrittsrecht des vorliegenden Paragraphen ist nicht gegeben. Da das Rücktrittsrecht des § 428 Abs. 2 nur gegeben ist, wenn der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders verhindert wird, so entfällt das Rücktrittsrecht des Absenders, wenn ihm auch nur ein Mitverschulden zur Last fällt (Düringer-Hachenburg III 549; Makower § 428 IIIb 4).

Anm. 4. β) Die zweite Voraussetzung ist zeitweilige Verhinderung. Dazu gehören einerseits nicht ganz geringfügige Verzögerungen, andererseits nicht solche Hindernisse, welche nach Lage der Sache die Zwecke der Reise völlig vereiteln würden, und daher als dauernde Hindernisse zu betrachten sind (ROHG. 4, 174; Bolze 17 Nr. 430). Maßgebend für die Beurteilung, die nur von Fall zu Fall geschehen kann, ist die Dauer der beabsichtigten Reise, das Interesse des Absenders an schleuniger Ankunft, der Grad der Möglichkeit eines Verlustes oder der Unausführbarkeit des Transports überhaupt bei längerem Verweilen, z. B. bei drohendem Eisgang usw. (ROHG. 3, 135). Über das dauernde Hindernis s. unten Anm. 7.

Anm. 5. γ) Nicht vorausgesetzt ist das Erfordernis des Abs. 1, daß keine Lieferfrist bedungen ist. Vielmehr gelten die Bestimmungen des Abs. 2 auch für diesen Fall (Förtsch Art. 394 Anm. 8).

b) **Die Wirkung ist:**

α) Der Absender kann zurücktreten, ohne die Aufhebung des Hindernisses abwarten zu müssen. Der Absender, nicht der Frachtführer. Der letztere muß vielmehr, wenn der Absender beim Vertrage beharren will, die nachteilige Folge der zeitweiligen Behinderung tragen, z. B. den entbehrten Verdienst, die Mehrkosten usw. (StrA. 54, 77). Er braucht die Beseitigung des Hindernisses nicht abzuwarten. Daraus folgt: er kann während der ganzen Dauer des Hindernisses (nicht etwa nur sofort), aber auch nur während der Dauer des Hindernisses zurücktreten, nicht mehr nach Aufhebung desselben (StrA. 54, 79).

Anm. 6. β) Er hat aber dem Frachtführer die Entschädigungen zu gewähren, die hier aufgezählt sind. Dazu gehört insbesondere die Fracht für die zurückgelegte Strecke (sogenannte Distanzfracht; ROHG. 3, 136; a. M. Düringer-Hachenburg III 550).

Digitized by Google

Die Entschädigungspflicht besteht nicht, wenn den Frachtführer ein Verschulden trifft. § 428.
In diesem Falle hat der Frachtführer noch den Absender zu entschädigen.

Zusatz 1. Für das Eisenbahnfrachtrecht gilt die Sondervorschrift des § 65 VerkO.

Zusatz 2. Andere Fälle der Behinderung, also insbesondere die dauernden Hindernisse, Anm. 7.
sind hier nicht getroffen. Hier entscheidet, wie die D. 256 zutreffend bemerkt, das bürgerliche Recht, und zwar die §§ 323 ff., 623 ff., 645 BGB. Demzufolge kann, fährt die D. 257 fort, wenn die Weiterbeförderung des Gutes durch Zufall dauernd verhindert wird, der Frachtführer in der Regel keine Distanzfracht verlangen. Eine Ausnahme erleidet dieser Grundsatz, sofern nach den Umständen des Falles die Ausführung eines Teiles der Reise als eine teilweise Erfüllung im Sinne des § 323 BGB. angesehen werden kann oder sofern die Unmöglichkeit der Beförderung durch die Beschaffenheit des Gutes verlanlaßt ist.

Noch weniger sind im vorliegenden Paragraphen andere Rücktrittsrechte getroffen, die Anm. 8.
nicht auf Reisebehinderungen beruhen, so z. B. der Fall, daß der Absender aus Willkür zurücktritt. Er kann dies zwar, muß aber den Vertrag seinerseits erfüllen (§ 649 BGB.; Förtsch Art. 394 Anm. 7).

§ 429.

Der Frachtführer haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung oder durch Versäumung der Lieferzeit entsteht, es sei denn, daß der Verlust, die Beschädigung oder die Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten. § 429.

Für den Verlust oder die Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren haftet der Frachtführer nur, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Gutes bei der Uebergabe zur Beförderung angegeben worden ist.

Lit.: Bloch in JW. 02, 331; Sped.- u. SchiffZtg. 06, 347, 372, 515, 618; ZVersW. 05, 618.

Der vorliegende Paragraph regelt die Voraussetzungen der Haftung des Frachtführers. Anm. 1.
Der Umfang seiner Haftung ist im § 430 dargelegt.

1. **Wem haftet der Frachtführer?** Zunächst dem Absender (RG. 1, 1). Nicht ohne weiteres dem Käufer der Ware, wenn der Verkäufer der Absender ist; nicht ohne weiteres dem Kommittenten, wenn der Kommissionär der Absender ist. Doch kann der Verkäufer den dem Käufer oder Kommittenten erwachsenen Schaden geltend machen (vgl. § 425 Anm. 9, Exk. zu § 382 und § 383 Anm. 20).

Der Eigentümer als solcher kann nur auf Grund einer Abtretung des Berechtigten klagen Anm. 2.
(Bolze 10 Nr. 441). Doch kann unter Umständen eine Klage aus unerlaubter Handlung gegen den Frachtführer gegeben sein, insbesondere bei vorsätzlichem Handeln.

Außerdem aber haftet der Frachtführer dem, der in den Frachtvertrag eingetreten ist, also Anm. 3.
z. B. dem Käufer, wenn und sobald dies der Fall ist (§ 435 HGB.; RG. 1, 1).

2. **Welches sind die Fälle der Haftung?** Es sind drei Fälle: Verlust des Gutes in der Zeit Anm. 4.
von seiner Annahme bis zu seiner Ablieferung, Beschädigung des Gutes während dieser Zeit, Versäumung der Lieferzeit. Die drei Fälle wurden im früheren Handelsrecht verschieden behandelt. Für die ersten beiden hatte der frühere Art. 395 eine äußerst strenge Haftungsvoraussetzung, für die letzte im Art. 397 die milde Haftungsvoraussetzung des vorliegenden Paragraphen festgesetzt. Jetzt sind die Fälle gleich und zwar in dem milderen Sinne behandelt.

a) **Verlust des Gutes oder dessen Beschädigung.** Wann Verlust und wann Beschädigung vor- Anm. 5
liegt, darüber vgl. § 414 Anm. 2 u. 3. Verloren ist das Gut dann, wenn es untergegangen oder spurlos verschwunden ist, oder wenn der Frachtführer nicht in der Lage ist, es in naher und absehbarer Zeit herauszugeben, z. B. infolge einer polizeilichen Beschlagnahme

Digitized by Google

§ 429. (ROHG. 4, 14) oder durch Aushändigung an einen nicht legitimierten Empfänger (JW. 02, 398[34]). Der § 79 VerkO. bestimmt für das Eisenbahnfrachtrecht, daß der Absender das Gut ohne weiteren Nachweis als verloren betrachten kann, wenn sich die Ablieferung um mehr als 30 Tage verzögert.

Anm. 6. Als Beschädigung ist ein Schaden durch Sinken des Tauschwerts nicht aufzufassen; doch kann dieser auf Grund anderer Rechtsgründe (schuldhafte Verzögerung der Lieferung usw. unten Anm. 10) geltend gemacht werden (Gareis-Fuchsberger 826 Note 29; Förtsch Art. 395 Anm. 10). Eine Beschädigung des in einer Anzahl von Säcken mit Weizenmehl bestehenden Gutes kann schon dann vorliegen, wenn sich auf den Säcken eine beträchtliche Anzahl schädlicher Käfer angesammelt hat, auch ohne daß der Inhalt der Säcke von den Käfern angefressen ist (OLG. Oldenburg DJZ. 06, 1034).

Anm. 7. In der Zwischenzeit zwischen Empfangnahme und Ablieferung muß der Schaden entstanden sein. Der Absender muß also, wenn dies streitig ist, beweisen, daß er das Gut unversehrt dem Frachtführer übergeben hat, und daß das Gut entweder überhaupt nicht oder beschädigt abgeliefert ist (vgl. unten Anm. 11 ff.). Ein Unfall, der vor Beginn der Fahrt, aber nach Empfangnahme des Gutes sich ereignet, fällt in die hier vorgesehene Haftungszeit (ROHG. 9, 302), desgleichen ein Unfall, der während der Unterbrechung der Fahrt, auch wenn diese mit dem Absender besprochen war, sich ereignete (Bolze 9 Nr. 370). Unter Ablieferung versteht man den Akt, durch den der Frachtführer den zum Zwecke der Beförderung erhaltenen Gewahrsam nach Beendigung des Transports mit Zustimmung des Empfängers wieder aufgibt (ROHG. 2, 253; 14, 291; OLG. Hamburg ZHR. 38, 237; JW. 04, 46[16]; vgl. § 377 Anm. 16 u. § 435 Anm. 5, wo der Begriff der Ablieferung gleichfalls erörtert ist); also nicht schon mit Ankunft der Ware an der Station des Bestimmungsortes (RG. 13, 168). Schafft der Frachtführer das Frachtgut an Land auf die Frachtwagen des Empfängers, obgleich der Frachtführer Abnahme an Bord verlangen konnte, so ist die Ablieferung erst am Land erfolgt (RG. 52, 400). Die Benachrichtigung des Empfängers von der Ankunft des Frachtgutes, die Aufforderung an ihn, das Frachtgut abzuholen, die Auslieferung des Frachtbriefes genügen nicht (ROHG. 14, 294; OLG. Hamburg HansGZ. 04 Hptbl. 181). Ebensowenig die Anweisung des Löschplatzes und die bloße Vermessung der Ladung durch den Empfänger (KG. in OLGR. 6, 97), oder die einfache Erklärung löschbereit zu sein (KG. in OLGR. 8, 390). Wohl aber genügt Übergabe an den bahnseitig bestellten Rollfuhrherrn, wenn die Eisenbahn nicht verpflichtet ist, die Abrollung in das Haus selbst zu bewirken und nach Lage der Sache für ermächtigt gilt, den Rollfuhrherrn zu wählen (ROHG. 8, 24). Ablieferung liegt auch vor, wenn bei der Entladung des Frachtgutes vom Dampfer ein Angestellter des Empfängers zugegen war, der die entladenen Säcke besichtigte und soweit sie die Marke des Empfängers trugen, in Empfang nahm, wenn auch die Säcke zunächst an der Abladungsstelle verblieben (OLG. Hamburg HansGZ. 04, Hptbl. 47).

Anm. 8. Vor der Ablieferung ist der Schaden entstanden, wenn er sich ereignete, als das Gut unterwegs der Zoll- oder Steuerbehörde übergeben war; nach der Ablieferung ist der Schaden entstanden, wenn er sich ereignete, als das Gut nach der Ankunft am Bestimmungsorte der Zoll- oder Steuerbehörde übergeben war und der Frachtführer dem Empfänger durch Anzeige von der Ankunft und Zustellung der Begleitpapiere in den Stand gesetzt hatte, darüber zu verfügen; darin liegt Ablieferung (ROHG. 2, 254; vgl. auch RG. 13, 168; a. M. Makower § 429 Ia 3γ).

Anm. 9. Endlich ist die Ablieferung erfolgt, wenn der Empfänger das Gut dem Frachtführer auf Grund eines besonderen Verwahrungsvertrages beläßt (ROHG. 14, 295; vgl. § 416 Anm. 3). Von da ab haftet der Frachtführer nur auf Grund des Verwahrungsvertrages, also, wenn dieser unentgeltlich abgeschlossen ist, nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (§ 690 BGB.). Bei bahnlagernden Sendungen wird über die Lagerung kein selbständiger Verwahrungsvertrag abgeschlossen, die Lagerung bildet nur eine auf Grund des Frachtvertrages geleistete Nebentätigkeit. Die Einlagerung enthält daher keine Ablieferung (Düringer-Hachen-

Digitized by Google

burg III 553; Makower § 429 I a 3γ). Wird die Entgegennahme der Ablieferung durch den Empfänger abgelehnt, so ist eigentlich die Ablieferung noch nicht erfolgt, gleichwohl wird man berechtigt sein, den § 300 BGB. entsprechend anzuwenden und von diesem Zeitpunkte ab dem Frachtführer nur die Haftung für Vorsatz und grobes Versehen aufzuerlegen (Cosack § 89 II 4a; Düringer-Hachenburg III 353; Lehmann-Ring § 426 Nr. 6; Makower § 426 a. a. O.). **§ 429.**

b) **Schaden durch Versäumung der Lieferzeit.** Die Lieferzeit kann besonders vereinbart oder auch die übliche sein. Die übliche Lieferungszeit ist die, welche am Orte des Reiseantritts üblich ist (Puchelt Art. 397 Anm. 4). Anm. 10.

3. **Die Frage des Verschuldens und des Beweises.** Der Absender hat zu beweisen, daß das Frachtgut innerhalb der im Abs. 1 erwähnten Zeit verloren gegangen oder beschädigt oder daß die Lieferzeit versäumt ist (natürlich auch, daß und welcher Schaden erwachsen ist). Alsdann ist es Sache des Frachtführers, sich zu entlasten. Dieser Entlastungsbeweis ist gegen das frühere Recht erheblich erleichtert. Während sich der Frachtführer früher nur durch Berufung auf höhere Gewalt oder auf natürliche Beschaffenheit des Gutes oder auf äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung berufen konnte, entlastet er sich jetzt genügend dadurch, daß der Verlust, die Beschädigung oder die Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten. Anm. 11.

a) Hier ist der ordentliche Frachtführer erwähnt, während dem Kommissionär und Spediteur (§§ 384 und 408) die Pflichten eines ordentlichen Kaufmanns auferlegt sind. Es liegt das daran, daß die Kaufmannseigenschaft des Frachtführers nicht im allgemeinen Bewußtsein liegt. Eine sachliche Verschiedenheit liegt darin nicht. Auch hier sind die Pflichten des ordentlichen Frachtführers nach Art des betreffenden Gewerbes verschieden zu bemessen; ein kleiner Frachtfuhrmann ist mit anderem Maße zu messen, als eine organisierte Transportanstalt (Puchelt Art. 395 Anm. 6). Anm. 12.

b) In welcher Weise der Frachtführer seinen Entschuldigungsbeweis führt, kann nur von Fall zu Fall dargelegt werden. Einzelnes mag hier hervorgehoben werden: Anm. 13.

α) Der Frachtführer hat die Umstände aufzuklären, die den Verlust oder die Beschädigung des Frachtgutes verursacht haben und mit Bezug auf diese Umstände sodann den Nachweis zu führen, daß ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt (D. 257; RG. in HansGZ. 03, Hptbl. 187; Düringer-Hachenburg III 556; anders 6./7. Aufl.). Kann der Frachtführer derartige außerhalb seines Verschuldens liegende Umstände als Schadensursache nicht nachweisen, dann ist sein Entschuldigungsbeweis nicht gelungen. Er kann natürlich diesen Nachweis auch mittelbar in der Weise erbringen, daß er beweist, daß der Schaden auf eine andere Ursache als eine bestimmte von ihm nicht verschuldete, z. B. mangelnde Verpackung nicht zurückgeführt werden kann (JW. 06, 814). Bleibt die Schadensursache unaufgeklärt, so ist er nur dann befreit, wenn ihn bezüglich aller möglichen Ursachen ein Verschulden nicht trifft (JW. 07, 368[17]). Steht ein Verschulden des Frachtführers fest, z. B. nicht ordnungsmäßige Vertauung eines geschleppten Kahnes, so genügt für seine Haftbarkeit, daß dieses Verschulden die Ursache des eingetretenen Schadens gewesen sein kann. Der Frachtführer kann sich jedoch durch den Nachweis befreien, daß nicht sein Verschulden, sondern ein anderer von ihm nicht zu vertretender Umstand den Schaden verursacht hat (JW. 02, 174[41]).

β) Selbstverständlich ist er nicht entschuldigt, wenn er nur darlegt, daß ihn persönlich kein Verschulden trifft. Denn für die Versehen seiner Leute haftet er, wie für seine eigenen (§§ 278 BGB., § 431 HGB.). Anm. 14.

γ) Wohl aber ist er entschuldigt, wenn er darlegt, daß der Absender oder diejenigen Leute, für deren Versehen dieser zu haften hat, den eingetretenen Schaden verschuldet haben. Eine solche Schuld liegt z. B. dann vor, wenn der Absender die besondere Gefährlichkeit des Transports verheimlicht, oder wenn er Vertragsabreden verletzt hat (RG. 15, 151; 20, 78), oder wenn er nach eingetretenem Notfall den Frachtführer an der Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln hindert (ROHG. 12, 107), oder vom Frachtführer aufmerksam gemacht, die er- Anm. 15.

Digitized by Google

§ 429. forderlichen Maßregeln nicht anordnet (RG. 49, 94), oder wenn der Schaden durch Befolgung bestimmter Anordnungen des Absenders entstanden ist, oder wenn das Gut durch befugte Veräußerung infolge Abnahmeverzuges des Empfängers verloren gegangen ist (ROHG. 11, 293).

Anm. 16. δ) Trifft den Absender ein konkurrierendes Versehen, so kann dies nach Bewandtnis der Umstände zur Beseitigung oder Milderung der Haftung des Frachtführers führen (§ 254 BGB.; vgl. § 347 Anm. 12; vgl. RG. 54, 13; JW. 05, 283[5]).

Anm. 17. 4. **Kann die Haftung durch Vereinbarung gemildert oder ausgeschlossen werden?** Die Beantwortung der Frage richtet sich nach §§ 276 u. 278 BGB. Danach kann jede Haftung durch Vereinbarung ausgeschlossen werden, nur nicht die Haftung für eigenen Vorsatz, wohl aber die Haftung für eigenes grobes Versehen, und auch die Haftung für den Vorsatz der Erfüllungsgehilfen (RG. 20, 115; 25, 107; 52, 402; KG. in OLGR. 01, 182; OLG. Hamburg in OLGR. 01, 100).

Anm. 18. Eine Grenze liegt allerdings dort, wo die Vereinbarung gegen die guten Sitten verstößt. Der Fall liegt zwar dann noch nicht vor, wenn der Frachtführer besondere Frachtsätze für größere oder geringere Haftung fordert, wohl aber nach der Meinung des Reichsgerichts, wenn er die geringere Haftung unbedingt fordert und durch ein gesetzliches oder tatsächlich geschaffenes Monopol (Ring) in der Lage ist, den Absender zu zwingen, mit ihm den Frachtvertrag abzuschließen (RG. 20, 116).

Für den Eisenbahnfrachtverkehr enthält § 456 Abänderungen der Haftung.

Anm. 19. 5. **Von Gesetzes wegen ist die Haftung verringert beim Verlust oder der Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld oder Wertpapieren** (nicht auch bei der verzögerten Ablieferung dieser Gegenstände). Bei diesen Gegenständen besteht die Haftung für Verlust oder Beschädigung nur dann, wenn dem Frachtführer die Beschaffenheit oder der Wert des Gutes bei der Übergabe zur Beförderung angegeben worden ist (vgl. hierüber nach früherem Recht Friedrichs in ABürgR. 9, 122).

Anm. 20. a) **Kostbarkeiten.** Darunter versteht man nicht abstrakt wertvolle Gegenstände, sondern solche, welche im Verhältnis zu ihrem Umfange und ihrem Gewicht einen im Vergleich zu anderen Waren das gewöhnliche Maß übersteigenden Wert haben (RG. 13, 38). Kostbarkeiten sind darum nicht nur Edelsteine, kostbare Perlen usw., sondern auch Seidenwaren, ferner auch Taschenuhren, selbst wenn sie innerhalb ihrer Gattung, als Uhren, nicht besonders wertvoll sind und z. B. nur 9 Mark pro Stück kosten (OLG. Hamburg ZHR. 40, 538; dagegen Förtsch Art. 395 Anm. 22); auch braucht es sich nicht gerade um einen erheblichen Geldwert zu handeln, auch ein erheblicher Kunstwert genügt, weshalb auch Ölgemälde als Kostbarkeiten gelten können (RG. 13, 37), aber natürlich nicht notwendig als solche gelten müssen (Bolze 14 Nr. 406 b). Die Kunstgegenstände sind übrigens jetzt besonders hier aufgezählt. Dieser Begriff der Kunstgegenstände ist nach der Verkehrssitte zu beurteilen. Hier handelt es sich nicht um die besondere Kostbarkeit des Gegenstandes, sondern lediglich darum, ob es sich um eine künstlerische Darstellung handelt. Es gehören dazu z. B. Kupferstiche und Ölbilder, auch wenn sie schlecht sind, Photographien nur, wenn sie Kunstwert haben (Cosack § 89 II 4 b) und nicht ohne weiteres eine Denkmals-Gipsstudie (OLG. München Ztg. d. V. d. EisVerw. 01, 172). Unter Geldern sind alle gangbaren Münzen des In- und Auslandes zu verstehen (Eger 1, 296). Der Begriff Wertpapiere ist nicht in dem engen Sinne des § 1 (vgl. § 1 Anm. 39) zu nehmen, sondern hat eine allgemeinere Bedeutung (Staatspapiere; Aktien; Obligationen usw., auch wenn sie unverkäuflich sind (Förtsch Art. 395 Anm. 22; vgl. § 50 B 2 VerkO.).

Anm. 21. b) **Beschaffenheit oder Wert müssen angegeben sein.** Eine dieser Angaben genügt (RG. 7, 126). Die Angabe muß bei der Übergabe erfolgen. Eine vorherige Angabe muß aber genügen, es soll nur heißen: spätestens bei der Übergabe. Die Haftung des Frachtführers fällt daher auch nicht weg, wenn die Angabe nicht im Frachtbriefe erfolgte. Eine Angabe nach der Übergabe dagegen genügt nicht. Erfolgt die Angabe nach der Übergabe, so haftet der Frachtführer überhaupt nicht mehr. Sollte es auch noch möglich sein, schützende Vorrichtungen zu treffen, so hat er dazu keine Verpflichtung und es trifft ihn kein Verschulden, wenn er diese nicht mehr

Digitized by Google

trifft. Er haftet in diesem Falle auch wegen Verschuldens nicht (vgl. unten Anm. 23). Anders natürlich, wenn der Frachtführer sich mit der verspäteten Anzeige ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt, d. h. zu erkennen gegeben hat, daß er diese als Anzeige im Sinne des § 429 Abs. 2 gelten lassen will. Dagegen ersetzt bloße Kenntnis des Frachtführers die Anzeige nicht (vgl. Anm. 23). § 429.

Die Angabe kann formlos, aber sie muß deutlich sein. Angabe im Frachtbrief genügt (§ 426 Abs. 2 Nr. 5). Die Bezeichnung „Bijouterien" genügt einer Eisenbahn gegenüber (RG. 7, 126). Ebenso die Bezeichnung „Ölgemälde", weil das Gut dadurch zwar nicht als Kostbarkeit, wohl aber als Kunstgegenstand gekennzeichnet ist (vgl. Anm. 20, anders 6./7. Aufl.). Anm. 22.

c) **Die Rechtsfolge der Nichtangabe** ist, daß der Frachtführer für Verlust oder Beschädigung nicht haftet. Er haftet dann gar nicht, auch nicht für den mittleren Wert. Das beruht darauf, daß, wenn die Angabe gemacht worden wäre, der Frachtführer Gelegenheit gehabt hätte, dem Gute besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Auch wenn er den Wert oder die Beschaffenheit aus anderer Quelle kennt, ist die Haftpflicht nicht begründet; ein Antrag, seine Haftung für diesen Fall festzusetzen, wurde abgelehnt (anders Cosack § 89 II b 4). Auch für das Verschulden seiner Leute, wenn diese z. B. die Kostbarkeiten gestohlen haben, haftet er dann nicht (ROHG. 8, 271; Cosack a. a. O.). Auch nicht für eigenes Verschulden. Anm. 23.

Wie aber, wenn ihm selbst ein Vorsatz zur Last fällt? Aus dem Frachtvertrage und dem vorliegenden Paragraphen haftet er auch dann nicht, trotz § 430 Abs. 3, der nicht die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht, sondern nur die Höhe des Schadens beim Vorhandensein der dortigen Voraussetzungen bestimmen will (vgl. ROHG. 8, 271; RG. 13, 38). Aber in solchem Falle wird meist der Anspruch auf Schadensersatz auf Grund unerlaubter Handlung begründet sein (ROHG. 8, 271; Hahn Art. 395 § 22; Cosack § 89 II b 4). Dagegen haftet er nicht für Fahrlässigkeit nach § 823 BGB. oder für das Verschulden seiner Leute nach § 831 BGB. Denn insoweit ist auch ein Anspruch aus unerlaubter Handlung durch die Bestimmung unseres Paragraphen ausgeschlossen, dessen Absicht eben dahin geht, mit Rücksicht auf die Höhe des Schadens jeden Anspruch auf Schadensersatz wegen mangelnder Sorgfalt des Frachtführers zu verweigern, wenn er nicht auf den hohen Wert des Gutes aufmerksam gemacht ist (a. M. Düringer-Hachenburg III 562; Makower § 430 III d). Anm. 24.

Andere Rechtsfolgen hat die unterlassene Angabe nicht, insbesondere ist der Absender nicht etwa verpflichtet, die bei richtiger Angabe zu zahlende Mehrfracht zu bezahlen. Vielmehr liegt es in seiner Wahl, die Angabe zu machen und den Frachtzuschlag zu zahlen und dadurch die Gefahr auf den Frachtführer abzuwälzen, oder die Angabe nicht zu machen, den Frachtzuschlag zu ersparen und dafür die Gefahr selbst zu tragen (RG. 7, 125). Anm. 25.

d) **Die Rechtsfolgen der Angabe.** Diese ist, wenn sie als Wertangabe erfolgt, keine Vertragsabrede, sondern die einseitige Erklärung des Absenders zur Wahrung seiner Rechte (ROHG. 11, 424). Der Absender ist durch sie gebunden, der Frachtführer nicht (ROHG. 11, 424; Friedrichs a. a. O. S. 125; vgl. § 426 Anm. 3). Den Beweis der Schadenshöhe hat der Ersatzberechtigte zu führen (Friedrichs a. a. O. S. 125). Aber mehr als der angegebene Wert braucht nicht ersetzt zu werden (ROHG. 11, 424). — Der Frachtführer haftet nach § 429. Er kann also auch da noch sich durch mangelndes Verschulden entschuldigen. Anm. 26.

Zusatz 1. Eine Pflicht, das Gut zu versichern, besteht für den Frachtführer nicht. Anm. 27.

Zusatz 2. Die Haftung des Absenders für Schäden, die er seinerseits dem Frachtführer verursacht, ist hier nicht geregelt. Sie richtet sich nach sonstigen Grundsätzen (RG. 15, 151; 20, 78). Anm. 28.

§ 430.

Muß auf Grund des Frachtvertrags von dem Frachtführer für gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden, so ist der gemeine Handelswerth und in dessen Ermangelung der gemeine Werth zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Ablieferung in dem Zeit- § 430.

Digitized by Google

§ 430. punkte hatte, in welchem die Ablieferung zu bewirken war; hiervon kommt in Abzug, was in Folge des Verlustes an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht erspart ist.

Im Falle der Beschädigung ist der Unterschied zwischen dem Verkaufswerthe des Gutes im beschädigten Zustand und dem gemeinen Handelswerth oder dem gemeinen Werthe zu ersetzen, welchen das Gut ohne die Beschädigung am Orte und zur Zeit der Ablieferung gehabt haben würde; hiervon kommt in Abzug, was in Folge der Beschädigung an Zöllen und sonstigen Kosten erspart ist.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers herbeigeführt, so kann Ersatz des vollen Schadens gefordert werden.

Lit.: wie zu § 429.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Höhe des Schadens, den der Frachtführer zu ersetzen hat.

Anm. 1. 1. **Voraussetzung ist, daß auf Grund des Frachtvertrages der Frachtführer für Verlust oder Beschädigung des Gutes haftet.**

a) Auf Grund des Frachtvertrages, also auf Grund des § 429. Liegen die Voraussetzungen außervertraglicher Haftung vor, so greifen die allgemeinen Regeln des BGB. über die Art und Höhe des Schadensersatzes Platz (vgl. OLG. Breslau im Recht 05, 646[2669]).

Anm. 2. b) Für Verlust oder Beschädigung des Gutes. Auf Schadensersatz für verzögerte Ablieferung greift der vorliegende Paragraph nicht Platz. Hier muß voller Schadensersatz nach den allgemeinen Regeln des BGB. geleistet werden. Das will sagen: Hier hat das Handelsrecht keine besonderen Vorschriften über Art und Höhe des Schadensersatzes aufgestellt, und nicht nur über die Höhe, sondern auch über die Art der Schadensausgleichung greifen daher die Vorschriften des BGB. (§§ 249 ff.) Platz. Wenn z. B. der absendende Verkäufer dem Käufer an Stelle der verspäteten Ware, obgleich der Käufer die Gefahr trägt, etwa um sich dessen Kundschaft zu erhalten, eine Ersatzleistung liefert, so kann er deren Wert ersetzt verlangen (OLG. Dresden OLGR. 11, 414; vgl. Anm. 4). Unter Umständen haftet hiernach der Frachtführer strenger, wenn er das Gut verspätet abliefert, als wenn er es gar nicht abliefert; eine Folgerung, welche Cosack § 89 IV mit Recht mit einem Ausrufungszeichen versieht. Auch kann neben dem Schadensersatz wegen Verlustes nicht auch der Schaden wegen verzögerter Ablieferung ersetzt verlangt werden (Hahn Art. 397 Note 11).

Anm. 3. 2. **Der Schadensersatz besteht in dem gemeinen Werte des Guts zur Ablieferungszeit.**

a) Zunächst der gemeine Handelswert und in dessen Ermangelung der gemeine Wert. Ein gemeiner Handelswert liegt nur dann vor, wenn ein regelmäßiger Umsatz in der Ware stattfindet (Bolze 14 Nr. 406 b). Unter „Gut" ist Ware und Umhüllung zu verstehen (OLG. Hamburg HansGZ. 03 Hptbl. 58).

Anm. 4. Der Handelswert, eventuell der gemeine Wert ist zu ersetzen und dieser unter allen Umständen. Nur der gemeine Wert, auch wenn der Schaden des Absenders größer wäre. Entgangener Gewinn oder das sonstige individuelle Interesse des Beschädigten kommen nicht in Betracht. Diese Beschränkung der Höhe des Schadensersatzes, die gegenüber der früheren strengeren Haftung des Frachtführers nach Art. 395 einen Ausgleich bildete, ist nunmehr nicht gerechtfertigt und steht in Widerspruch mit der unbeschränkten Haftung im Falle verspäteter Ablieferung (vgl. Anm. 2). Bei Beschädigungen kann nur der Unterschied zwischen dem Tauschwerte in beschädigtem Zustande und dem gemeinen Wert in unbeschädigtem Zustande verlangt werden. **Demgemäß kann der Beschädigte auch das Gut nicht zurückweisen und den vollen Handelswert verlangen.** Das sog. Abandonsystem ist ausgeschlossen (ROHG. 11, 294; 13, 416; RG. vom 21. Dezember 1888 bei Puchelt Art. 395, Anm. 20). Weitergehende Vor-

Digitized by Google

§ 430.

schriften des bürgerlichen Rechts (§§ 249 ff. BGB.) greifen hier nicht Platz. Als eine medizinische Flüssigkeit durch Platzen des Ballons ausfloß und als solche unbrauchbar wurde, bekundete der Sachverständige, daß sie in diesem Zustande noch als Stiefelwichse zu verwenden sei und einige Mark Wert habe. Der Absender mußte die Flüssigkeit behalten und konnte nur den Unterschied zwischen dem Werte als medizinischer Flüssigkeit und dem Werte als Stiefelwichse ersetzt verlangen. Andererseits hat der Absender ein Recht auf die Zahlung dieses Wertsunterschieds, ohne Rücksicht darauf, ob die Reparaturkosten des beschädigten Gutes höher oder niedriger sind (OLG. Hamburg OLGR. 6, 471) und ob die Ware an ihrer tatsächlichen Gebrauchsfähigkeit Not gelitten hat. (LG. München Ztg. d. Ver. d. EisenbV. 02, 463). Ist nur ein Teil des Gutes verloren gegangen und beschädigt, so braucht nur der Wert dieses Teiles ersetzt zu werden. Nur dann, wenn die ganze Sendung derart ein untrennbares Ganze bildet, daß man mit Fug und Recht sagen kann, die Beschädigung eines Teiles sei zugleich eine Beschädigung der ganzen Sendung, muß auch für den körperlich unbeschädigten Teil der ganzen Sendung Ersatz geleistet werden (ROHG. 15, 374; RG. 15, 133). Der Umstand allein aber, daß der Vertragsgegner des Absenders die ganze Sendung auf Grund des Rechtsverhältnisses zum Absender mit Recht zurückgewiesen hat, weil ein Teil beschädigt war, reicht dazu nicht aus, um dem Frachtführer gegenüber den Fall anzunehmen, daß die ganze Sendung als beschädigt zu betrachten sei, obwohl nur ein Teil körperlich beschädigt ist (RG. 15, 133). Der gemeine Wert des verlorenen Gutes ist unter allen Umständen zu ersetzen, auch wenn der Schaden des Absenders geringer wäre, wenn dieser die Ware z. B. unter dem Handelswert gekauft (ROHG. 13, 393), oder wenn er sie später mit Nutzen verkauft hätte (ROHG. v. 8. 12. 75 in der Deutschen Eisenbahnzeitung 70 S. 34), oder wenn er den erhofften Gewinn der Ladung versichert hatte (vgl. Bolze 2 Nr. 958). Konsequenterweise muß dies auch angenommen werden, wenn dem Absender gar kein Schaden erwachsen ist, wenn etwa dem Spediteur gegenüber, welcher der Absender und somit der Anspruchsberechtigte ist, der Versender auf jeden Ersatz verzichtet hatte (vgl. Bolze 10 Nr. 441; OLG. Hamburg ZHR. 40, 538; zweifelhaft ist, wie RG. 1, 2 unten zu verstehen ist; zust. Förtsch Art. 396, Anm. 2; a. M. Düringer-Hachenburg III 563). Ebenso ist unerheblich, ob der Absender dem Empfänger gegenüber die Gefahr des Transports trägt. Der Absender hat den Schadensersatzanspruch gegen den Frachtführer auch dann, wenn der Empfänger als Käufer die Gefahr trägt und zu Unrecht die Bezahlung des Kaufpreises verweigert (RG. 13, 168; JW. 06, 191[7]; vgl. Anm. 2 u. 5).

Anm. 5.

In dem Empfang der Entschädigungssumme für das verlorene Gut liegt kein Verzicht auf das Gut selbst, wenn es sich wiederfindet (Förtsch Art. 396 Anm. 7a; vgl. hierzu § 82 VerkO.). Jedoch hat der Frachtführer nach § 255 BGB. Anspruch auf Abtretung des Eigentums, wenn er vollen Schadensersatz leistet oder die nach § 430 Abs. 1 geleistete Vergütung dem ganzen Schaden entspricht (vgl. JW. 06, 191[7]; Düringer-Hachenburg III 566; Makower § 430 IIe). In diesem Falle kann er auch die Abtretung des dem absendenden Verkäufer gegen den empfangenden Käufer, der die Gefahr des Transports zu tragen hat, zustehende Kaufpreisforderung verlangen.

Anm. 6.

Den Beweis des gemeinen Handelswerts oder sonstigen gemeinen Werts hat der Ersatzfordernde zu führen. Der Hinweis auf den für die Ware erzielten Kaufpreis genügt regelmäßig, da die Zubilligung außergewöhnlicher Preise nicht vermutet wird (ROHG. 8, 328). Doch ist der Verkäufer nicht etwa auf den von ihm erzielten Kaufpreis beschränkt, wenn dieser geringer ist, als der gemeine Handelswert. Der Verkaufswert des beschädigten Gutes, d. h. der objektive Verkaufswert kann durch Sachverständige festgestellt werden. Maßgebend für die Bestimmung des Verkaufswertes ist der Ablieferungsort und der Zeitpunkt, zu dem das Gut nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang hätte verkauft werden können (OLG. Hamburg OLGR. 6, 471). Auch die Versteigerung des Gutes kann zur Ermittelung des Verkaufswertes dienen, wenn sie ordnungsmäßig, insbesondere nach frühzeitiger Bekanntmachung des Versteigerungstermins erfolgt ist (OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 90).

Digitized by Google

§ 430. b) Zeit und Ort der Ablieferung sind der Wertsberechnung zugrunde zu legen, d. h. der
Anm. 7. Marktpreis zu dieser Zeit und an diesem Orte (ROHG. 8, 317, 327). Beim Verluste sind Ort und Zeit der Ablieferung auch dann zugrunde zu legen, wenn das Gut den Bestimmungsort gar nicht erreicht hat. Es ist dann die Zeit zugrunde zu legen, zu der das Gut rechtzeitig angelangt sein würde. Daß Zeit und Ort der Ablieferung entscheiden, kommt daher, weil der Absender mit diesen Werten gerechnet hat, als er die Ware dem Transport übergab. Zu den Unkosten, die gespart werden und daher in Abzug kommen, kann auch die Fracht gehören, wie das Gesetz ausdrücklich hervorhebt, vorausgesetzt, daß sie im gegebenen Falle gespart wird. Bei völligem Verlust ist die Fracht immer erspart, da sie in diesem Falle nach § 644 Abs. 1 BGB. nicht geschuldet wird (Düringer-Hachenburg III 566; Makower § 430 IId 2; abweichend 6./7. Aufl.). Die Berechnung der ersparten Unkosten ist Sache der Einrede (RG. v. 11. 11. 82 bei Puchelt Anm. 8).

Anm. 8. 3. **Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ist voller Schadensersatz zu leisten.**

a) Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Vorausgesetzt ist also, daß der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit usw. des Frachtführers oder der Leute entstanden ist, deren Versehen er zu vertreten hat (§ 431; RG. 7, 129).

Anm. 9. b) Voller Schadensersatz ist zu leisten. Das soll natürlich eine Verschärfung des Umfanges der Haftung sein. Wörtlich genommen könnte darin auch eine Verminderung liegen. Denn nach Abs. 1 ist ja der gemeine Wert auch dann zu ersetzen, wenn der Absender einen Schaden in dieser Höhe nicht erlitten hat (vgl. oben Anm. 4). Es sollte aber, wie gesagt, eine Verschärfung der Haftung vorliegen und es ist die Vorschrift dahin aufzufassen, daß, wenn der Schaden des Absenders höher ist, als der gemeine Wert des Gutes beträgt, er den höheren Schaden ersetzt verlangen kann.

Anm. 10. Die Abänderung bezieht sich aber natürlich nicht nur auf die Höhe, sondern auch auf die Art des Schadensersatzes. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Frachtführers sollte eben der Absender an die einschränkenden Vorschriften des Abs. 1 nicht gebunden sein, vielmehr, soll er berechtigt sein, sich auf Grund der allgemeinen Vorschriften des BGB. vollen Schadensersatz zu holen (§§ 249 ff. BGB.).

Vorausgesetzt ist natürlich, daß eine Schadensersatzpflicht überhaupt besteht, was auch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit nicht immer der Fall ist (§ 429 Anm. 25).

Anm. 11. c) Der Beweis für das erhöhte Verschulden liegt natürlich dem Absender ob, der die höheren Folgen daraus herleitet.

Anm. 12. **Zusatz 1. Abänderungen der Schadensersatzpflicht durch Vereinbarung** sind gültig. Nur darf die Haftung für eigenen Vorsatz (wohl aber für Vorsatz der Erfüllungsgehilfen) nicht ausgeschlossen (§§ 276, 278 BGB.) und auch nicht gemildert werden. Denn wenn es im § 276 Abs. 2 BGB. heißt: „Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden", so muß dies dahin gedeutet werden: Die Haftung wegen Vorsatzes in der Gestalt, wie sie im Gesetze geordnet ist, kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden, weil es unsittlich ist, über die Folgen seiner vorsätzlichen Handlung mit dem Vertragsgegner im voraus zu verhandeln, sich einen Freibrief oder auch nur Nachsicht durch Vertragsabrede zu sichern.

In der Deklaration des Gutes liegt eine die Haftung abändernde Parteiabrede nur insofern, als sie das Maximum der Entschädigungspflicht angibt (ROHG. 11, 424; vgl. § 430 Anm. 28).

Anm. 13. **Zusatz 2. Für das Eisenbahnfrachtrecht** ist § 457 maßgebend.

Anm. 14. **Zusatz 3. Auf Verspätungsschaden** beziehen sich die Haftungsgrundsätze des vorliegenden Paragraphen nicht (vgl. oben Anm. 2).

Anm. 15. **Zusatz 4. Der Gerichtsstand** des § 29 CPO. für die Klagen auf Schadensersatzleistung ist der Ablieferungsort. Die streitige Verpflichtung ist der Anspruch auf Erfüllung, an dessen Stelle der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung tritt (JW. 05, 147 [300]; vgl. § 426 Anm. 12).

Digitized by Google

§ 431.

Der Frachtführer hat ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. § 431.

Lit.: wie zu § 425.

Der vorliegende Paragraph bestimmt, daß der Frachtführer für seine Leute und Beförderungsgehilfen ebenso haftet, wie für sein eigenes Versehen. Anm. 1.

1. Die D. bemerkt: „Durch den § 278 des BGB., nach welchem der Schuldner für ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange verantwortlich ist, wie für eignes Verschulden, wird der Art. 400 nicht völlig ersetzt. Denn nach dem letzteren haftet der Frachtführer, wie in Rechtsprechung und Wissenschaft anerkannt ist, für seine Leute auch dann, wenn eine Handlung in Frage steht, die der Angestellte nicht unmittelbar bei Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen vorgenommen hat." Diesen Ausführungen ist beizustimmen. Der § 278 BGB. läßt den Schuldner außer für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters nur für das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, haften. Der § 431 HGB. dehnt diese Haftung auch noch auf das Verschulden der Leute des Frachtführers aus, während er den gesetzlichen Vertreter nicht erwähnt. Für seine Leute haftet der Frachtführer schlechthin, ohne daß er sich dabei ihrer bei der Ausführung der Beförderung zu bedienen braucht (anders 6./7. Aufl.). Damit ist aber auch der Unterschied erschöpft. Den Worten „bei der Ausführung der Beförderung" in § 431 HGB. und den Worten „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit" in § 278 BGB. kommt die gleiche Bedeutung zu. Wer bei der Ausführung behilflich ist, wirkt eben zur Ausführung mit (a. M. Düringer-Hachenburg III 573; Lehmann-Ring § 431 Nr. 2; Makower § 431 IIb).

2. Leute des Frachtführers sind die Personen, die er innerhalb seines Gewerbebetriebes, zur Vornahme gewisser Arbeiten angenommen, angestellt hat. Der Gewerbebetrieb ist hierbei im weitesten Umfang zu nehmen und namentlich nicht auf die unmittelbar auf den Transport gerichteten Handlungen zu beschränken. Diese Angestellten brauchen daher mit der Güterbeförderung selbst gar nicht befaßt zu sein, sofern nur ihre Tätigkeit mit dem Transportgewerbe in Verbindung steht (RG. 7, 127; JW. 05, 185[36]). Es gehören hierher bei den Eisenbahnen nicht nur Güterschaffner, Gepäckmeister, Lokomotivführer, sondern auch Wagenputzer, Lampenwärter, Portiers, Bahnwärter (RG. 7, 127). Ferner nicht nur die Kutscher, sondern auch die Pferdeknechte und Stalljungen. Zu den Personen, denen sich der Frachtführer bei der Ausführung der Beförderung bedient, gehören alle Nichtangestellten, die der Frachtführer zur Ausführung einer einzelnen Beförderung heranzieht, z. B. Gelegenheitsarbeiter und auch der Unterfrachtführer (vgl. § 432 Anm. 3). Natürlich ist nicht erforderlich, daß der Frachtführer diesen Personen die gesamte Beförderung aufträgt; es genügt, daß er sie nur einzelne Dienste bei der Beförderung besorgen läßt, auch wenn diese nicht gerade in einer Beförderungshandlung bestehen, z. B. das Auf- und Abladen, Wiegen, Messen, Aufbewahren, Benachrichtigen von der Ankunft des Gutes, kurz alles, was zum Zwecke der Ausführung der Beförderung vorgenommen wird. Anm. 2.

3. Der Umfang der Haftung des Frachtführers ist verschieden, je nachdem der Schaden durch einen seiner Leute oder durch eine der übrigen Personen verschuldet worden ist. Für das Versehen der Personen, deren er sich bei Ausführung der Beförderung bedient, hat er nur dann einzustehen, wenn dieses in Ausführung der Beförderung begangen ist, mit dieser also nicht bloß in äußerem, sondern auch in innerem Zusammenhange steht. Für ein nur bei Gelegenheit der Ausführung begangenes Versehen hat er nicht einzustehen (vgl. Planck § 278 Anm. 3; JW. 06, 460; a. M. Düringer-Hachenburg III, 573; Goldmann § 431 Anm. 5; Makower § 431 IIIb). Für seine Leute haftet dagegen der Anm. 3.

Digitized by Google

§ 431. Frachtführer ohne diese Einschränkung, also auch dann, wenn sie mit der Ausführung der Beförderung des Gutes, das zu Schaden kam, gar nicht befaßt waren. Ebensowenig ist erforderlich, daß die schädigende Handlung von dem Angestellten bei Gelegenheit einer Tätigkeit, mit der er besonders beauftragt oder zu der er allgemein durch seine Anstellung berufen war, vorgenommen wurde (RG. 7, 128). Es genügt, daß die durch die Anstellung zugewiesene Tätigkeit oder die durch sie gegebene Gelegenheit die tatsächliche Veranlassung zu der schädigenden Handlung gegeben oder ihre Vornahme erleichtert haben. Daher haftet der Frachtführer auch dann, wenn der Angestellte außerhalb der Dienstzeit oder an einem Orte, an den er durch seinen Dienst nicht gerufen, den zu betreten ihm sogar untersagt war, schuldhaft gehandelt hat (RG. 7, 128). Nur wenn die schädigende Handlung des Angestellten in keiner, mittelbaren oder unmittelbaren Beziehung zu seiner Anstellung steht, entfällt die Haftung des Frachtführers. Die Haftung des Frachtführers für Verlust und Beschädigungen des Gutes durch seine Leute setzt aber voraus, daß das Gut von ihm zur Beförderung bereits angenommen ist (§ 429). Wenn daher ein Spediteur sich der Hilfe von Bahnarbeitern bedient, um das Gut von seinem Fuhrwerk zur Eisenbahnwage zu schaffen, so haftet die Bahn für diese Tätigkeit ihrer Arbeiter nicht. Dieselben sind insoweit Erfüllungsgehilfen des Spediteurs (LG. Köln in LZ. 07, 154).

Anm. 4. 4. Die Haftung für die Angestellten und Beförderungsgehilfen erstreckt sich auch auf Verspätungsschaden, überhaupt auf die Verletzung aller Verpflichtungen, die auf Grund des Frachtvertrages bestehen, nicht nur auf die Haftung aus § 429, aber natürlich nur aus den Verletzungen des Frachtvertrages gegenüber dem Absender oder dem, der die Rechte aus dem Frachtvertrage geltend zu machen berechtigt ist. Wenn z. B. der Knecht des Frachtführers während des Transports den Wagen umwirft und hierbei das Gut beschädigt und den Absender, der das Gut begleitet, verletzt, so haftet der Frachtführer ohne weiteres für beide Schäden. Denn auch der letztere ist durch die Ausführung des Transports entstanden. Der Knecht hat den Transport derart ausgeführt, daß er den Absender hierbei beschädigt hat. Aber wenn er hierbei einen Dritten verletzt, oder wenn der Knecht mit einem anderen Fuhrwerk zusammenstößt und dadurch das Fuhrwerk des Dritten beschädigt, so haftet der Frachtführer diesem Dritten nicht aus dem Frachtvertrage, sondern nur aus unerlaubter Handlung und nach den für diese aufgestellten Grundsätzen (JW. 91, 17[41]; vgl. Exk. zu § 58 Anm. 29).

Anm. 5. 5. Auf die Haftung des Frachtführers für die Tätigkeit seiner Leute bei Abschluß von Verträgen (Verabredungen von Frachten usw.) und für die hierbei begangenen Versehen bezieht sich der vorliegende Paragraph nicht. Dafür sind vielmehr die allgemeinen Grundsätze über Vollmacht, Handlungsvollmacht, Haftung der Gehilfen für culpa in contrahendo maßgebend (vgl. Exk. zu § 58 Anm. 26 u. § 347 Anm. 13). Deshalb wurde der Gastwirt, der als Frachtführer angesehen wurde, weil er durch einen Wagen das Gepäck der Gäste zum Bahnhof schaffen ließ, nicht für haftbar erachtet, als ein Gast seinem Portier ein Wertpaket übergab, um es zur Post zu befördern, und der Portier das Paket dem Omnibuskutscher übergab, durch dessen Schuld es verloren ging; denn diesen Frachtvertrag hatte der Portier nicht im Namen des Gastwirts geschlossen, und wenn er es tat, dann ohne Legitimation dazu (ROHG. 11, 343).

Anm. 6. 6. Die Haftung des Frachtführers ist eine unmittelbare und ausschließliche. Der Beschädigte braucht den Gehilfen nicht erst in Anspruch zu nehmen. Der letztere haftet dem Absender überhaupt nicht, falls ihm nicht eine gegen den Absender gerichtete unerlaubte Handlung zur Last fällt (vgl. Exk. zu § 58 Anm. 33; OLG. Stettin in OLGR. 3, 25).

Anm. 7. 7. **Vertragliche Abänderungen der Haftung für die Hilfspersonen** sind zulässig; selbst auf die Folgen des von den Hilfspersonen begangenen Vorsatzes kann im voraus verzichtet werden (§ 278 BGB. u. § 347 Anm. 28). Nur die Grenzen der guten Sitten dürfen nicht überschritten werden (hierüber siehe § 429 Anm. 19).

Digitized by Google

§ 432.

Uebergiebt der Frachtführer zur Ausführung der von ihm übernommenen Beförderung das Gut einem anderen Frachtführer, so haftet er für die Ausführung der Beförderung bis zur Ablieferung des Gutes an den Empfänger. § 432.

Der nachfolgende Frachtführer tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, diesem gemäß in den Frachtvertrag ein und übernimmt die selbständige Verpflichtung, die Beförderung nach dem Inhalte des Frachtbriefs auszuführen.

Hat auf Grund dieser Vorschriften einer der betheiligten Frachtführer Schadensersatz geleistet, so steht ihm der Rückgriff gegen denjenigen zu, welcher den Schaden verschuldet hat. Kann dieser nicht ermittelt werden, so haben die betheiligten Frachtführer den Schaden nach dem Verhältniß ihrer Antheile an der Fracht gemeinsam zu tragen, soweit nicht festgestellt wird, daß der Schaden nicht auf ihrer Beförderungsstrecke entstanden ist.

Einleitung.

Der Paragraph bestimmt die Haftung des Hauptfrachtführers für die Unterfrachtführer (Abs. 1) **die Haftung des Unterfrachtführers** (Abs. 2) und den Rückgriffsanspruch des Frachtführers, der Schadensersatz geleistet hat, gegen die übrigen Frachtführer für das Binnenfrachtgeschäft (OLG. Hamburg HansGZ. 02 Hptbl. 113).

Anm. 1.

I. **Der Begriff des Unterfrachtführers.** Die Vorschriften beziehen sich nur auf den Fall der Annahme von Unterfrachtführern. Daher ist zum Verständnisse der Vorschriften unerläßlich, diesen Begriff zu erörtern. Hat der erste Frachtführer den Transport bis zum tatsächlichen Endziel übernommen (Transport mit durchgehendem Frachtbrief, vgl. RG. 18, 169, 170), so sind die Frachtführer, deren er sich zur gänzlichen oder teilweisen Erledigung des Frachtvertrages bedient, Unterfrachtführer. Der erste Frachtführer heißt der Hauptfrachtführer, der von ihm geschlossene Frachtvertrag Gesamtfrachtvertrag. Hat dagegen der erste Frachtführer den Transport nur bis zu einem gewissen Punkte vor dem Reiseziel übernommen, während von diesem Punkte ab bis zu einem weiteren Punkte oder bis zum Endziel der Reise ein anderer Frachtführer den Transport übernimmt, so ist der weitere Frachtführer Zwischenfrachtführer. Von diesem letzteren handelt der vorliegende Paragraph nicht. Für diesen haftet der erste Frachtführer, wenn er ihn im Auftrage des Absenders bestellt hat, nur bei mangelnder Sorgfalt in Wahl, Aufsicht oder Unterweisung, während dieser selbst, der Zwischenfrachtführer, in Gemäßheit des mit ihm geschlossenen Vertrages dem haftet, zu dem er in ein Vertragsverhältnis tritt, also dem ersten Frachtführer, wenn dieser ihn im Auftrage des Absenders, aber im eigenen Namen bestellt hat (er ist dann insoweit Spediteur), oder dem Absender, wenn der erste Frachtführer ihn im Auftrage und im Namen des Absenders oder wenn gar der Absender selbst ihn bestellt hat. Vgl. Puchelt Art. 401 Anm. 3; Goldschmidt, System (4) 222.

Anm. 2.

Nicht in Betracht für den Begriff des Unterfrachtführers kommt die Gleichartigkeit des Betriebes der aufeinanderfolgenden Frachtführer. Es kann auf die Eisenbahn oder auf das Dampfschiff ein Fuhrmann folgen (ROHG. 7, 100), auf eine Paketbeförderungsgesellschaft oder auf die Post die Eisenbahn (ROHG. 9, 89), auf einen ausländischen Frachtführer ein inländischer (ROHG. 21, 57). Nur würde die Vorschrift des § 432, weil sie sich (auch jetzt nach dem Binnenschiffahrtsgesetze, vgl. dessen § 26) auf die Binnenschiffahrt erstreckt, bei einer Verbindung des See- und Flußtransports unanwendbar sein (ROHG. 16, 136), denn die Vorschrift des § 432 gilt nur für das Binnenfrachtgeschäft (OLG. Hamburg HansGZ. 02, 113).

Für das Vorliegen eines Gesamtfrachtvertrages spricht die Entgegennahme eines auf den Empfänger ausgestellten direkten Frachtbriefes, ebenso die Berechnung der Fracht für die

Digitized by Google

§ 432. ganze Strecke (Totalfracht), dagegen kann das Wissen davon, daß der Frachtführer nur eine gewisse Strecke befährt, sprechen, doch ist dies nicht ausschlaggebend.

Anm. 3. II. **Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen.**

A. (Abs. 1.) **Für den Unterfrachtführer haftet** der Hauptfrachtführer so, wie für seine Beförderungsgehilfen (ROHG. 9, 90; 23, 320). Es ist daher die Erläuterung des vorigen Paragraphen zu vergleichen: wegen der Tragweite der Haftung, über deren Umfang, über die Frage, ob der Unterfrachtführer zuerst in Anspruch genommen werden muß oder kann usw. Der Abs. 1 ist übrigens überflüssig, da der Unterfrachtführer zu den „anderen Personen" im Sinne des § 431 gehört (Förtsch Art. 401 Anm. 1).

Anm. 4. B. (Abs. 2.) **Der Unterfrachtführer haftet aber auch selbst dem Absender bzw. dem Empfänger.** Das würde ohne ausdrückliche Bestimmung nicht der Fall sein. Denn da der Hauptfrachtführer den gesamten Transport übernommen hat und die Unterfrachtführer seine Erfüllungsgehilfen sind, so stehen diese an sich in keiner Beziehung zum Absender bzw. Empfänger. Das Gesetz legt ihnen aber für den Fall, daß sie den Transport auf Grund eines durchgehenden Frachtbriefes übernehmen, eine solidarische Haftung für alle Verbindlichkeiten aus dem mit dem ersten Absender geschlossenen Vertrage auf, wie sie sich aus dem Frachtbrief ergeben.

Anm. 5. 1. **Erste Voraussetzung ist, daß es sich um einen wirklichen** Unterfrachtführer handelt, nicht um einen Zwischenfrachtführer (vgl. oben Anm. 1), und nicht nur um Angestellte des Frachtführers (§ 431 Anm. 2) oder um Beauftragte des Empfängers, z. B. den mit der Abholung des Gutes vom Empfänger beauftragten Spediteur (LG. Chemnitz SächsA. 13, 241). Über den Rollfuhrunternehmer vgl. § 458 Anm. 3.

Anm. 6. 2. **Fernere Voraussetzung ist, daß der Unterfrachtführer den Transport mittels eines sogenannten durchgehenden Frachtbriefes übernommen hat.** (Vgl. Anm. 1). Es muß derselbe Frachtbrief sein, auf Grund dessen die Aufgabe an den ersten Frachtführer erfolgt ist. Selbstverständlich braucht es nicht dasselbe Stück Papier zu sein: es verschlägt nichts, daß nach Beschädigung des Originals eine Kopie gefertigt ist, die denselben Frachtbrief darstellen soll (Eger 2, 45; Keyßner Art. 401 Anm. 7). Andererseits liegt ein anderer Frachtbrief vor, wenn in Wahrheit ein anderer Frachtbrief ausgestellt wurde, selbst wenn er auf den Inhalt des alten Frachtbriefes Bezug nimmt (ROHG. 7, 218; 11, 209). Einen Unterfrachtführer, der sich für seine Strecke einen besonderen Frachtbrief ausstellen läßt, nennt man Teilfrachtführer. Dieser haftet nur nach Maßgabe seines Frachtbriefes, und nur seinem Vormann gegenüber, außerdem tritt nur der Unterfrachtführer, der das Gut abliefert, zum Empfänger in direkte obligatorische Beziehung (ROHG. 7, 218; Goldschmidt, System 222; OLG. Kolmar EisenbE. 22, 237).

Anm. 7. 3. **Die Wirkung ist die samtschuldnerische Haftung für die Erfüllung der aus dem ersten Frachtbriefe hervorgehenden Verpflichtungen zusammen mit dem ersten Frachtführer gegenüber dem Absender oder Empfänger.**

a) **Eine wirkliche samtschuldnerische Haftung** ist die Rechtsfolge. Der Einwand der Teilung oder der Vorausklage ist nicht statthaft, und der Berechtigte (Abnehmer oder Empfänger) kann wählen, welchen der Frachtführer er in Anspruch nehmen will, und zwar nicht nur wegen der ungehörigen Ausführung des Transports auf seiner Teilstrecke, sondern wegen aller Verbindlichkeiten aus dem Frachtvertrage nach Maßgabe des durchgehenden Frachtbriefes, auch wenn es sich um Vorgänge auf den vorangehenden oder folgenden Teilstrecken handelt; es handelt sich, wie die D. 259 sagt, nicht um eine Bürgschaft des einen für den andern, sondern um eine selbständige Verantwortlichkeit jedes einzelnen für die Ausführung des ganzen Transports; andererseits hat der nachfolgende Frachtführer auch nicht höhere Verpflichtungen, als seine Vormänner (ROHG. 7, 99; 11, 212; 24, 210; RG. in EisenbE. 2, 136; Goldschmidt, System, 223). Insbesondere bedarf es also nicht des Nachweises, auf welcher Strecke sich der Schaden ereignet hat (RG. bei Puchelt Art. 401 Anm. 3), und der in der Mitte stehende Unterfrachtführer haftet für das Gewichtsmanko, selbst wenn er nachweislich

Digitized by Google

es selbst schon festgestellt hatte, als er das Gut übernahm (ROHG. 11, 209). Ebenso braucht eine Frachtrückerstattungsforderung nicht gerade gegen den Frachtführer geltend gemacht werden, der die Fracht berechnet und erhoben hat (OGH. Wien in EisenbE. 21, 67). Wer so nicht haften will, muß sich eben einen Teilfrachtbrief ausstellen lassen. § 432.

b) **Für den Inhalt und Umfang dieser samtschuldnerischen Haftung ist der ursprüngliche Frachtbrief maßgebend** (ROHG. 11, 209; 21, 59; RG. 1, 3). Durch Vorbehalt und Abmachungen gegenüber dem früheren Frachtführer ändert kein Unterfrachtführer hieran etwas zu seinem Vorteile im Verhältnis zum Absender oder Empfänger (ROHG. 11, 209). Dazu müssen vielmehr Absender oder Empfänger zugezogen werden, aber dann liegt eine Änderung des Frachtbriefes, also ein anderer Frachtbrief vor (Eger 2, 42). Die abliefernde Bahn als Unterfrachtführerin kann sich hiernach nicht auf ihre Reglements oder die der Zwischenbahnen berufen, sondern maßgebend ist nur das Reglement der ersten übernehmenden Bahn (StrA. 75, 216), außer wenn das Gegenteil im Frachtbriefe vereinbart ist, wie dies bei den Formularen meist der Fall (ROHG. 3, 62; 21, 57). Die gesamtschuldnerische Haftung umfaßt aber nur die von der Annahme des Frachtgutes durch den ersten Frachtführer bis zur Ablieferung an den Empfänger durch den letzten Frachtführer reichenden Beförderungshandlungen. Für das Verschulden eines Unterfrachtführers nach Ablieferung des Gutes haften die andern nicht (RG. 48, 108). Anm. 8.

4. (Abs. 3). **Das Verhältnis der mehreren Frachtführer unter sich** ist dahin geregelt, daß derjenige, der Schadensersatz geleistet hat, sich zunächst an den halten kann, der den Schaden verschuldet hat. Der § 429 und § 431 finden hierbei entsprechende Anwendung. Es genügt also der Nachweis, daß der Schaden sich während der vom Unterfrachtführer übernommenen Beförderung ereignet hat. Der Unterfrachtführer hat den Gegenbeweis zu führen, daß weder er noch seine Leute oder Beförderungsgehilfen den Schaden verschuldet haben. Der Umstand, daß der Unterfrachtführer das Gut mit durchgehendem Frachtbrief vom Hauptfrachtführer annimmt und dadurch dem Absender gegenüber die Haftung für die gesamte Beförderung übernimmt, kann in seinem Verhältnis zum Hauptfrachtführer nicht die Folge haben, daß diesem gegenüber seine Haftung erleichtert wird. Der Hauptfrachtführer schließt auch beim durchgehenden Frachtbrief den Frachtvertrag mit dem Unterfrachtführer im eignen Namen ab. Gelten aber die §§ 429 und 431 für die Unterfrachtführer gegenüber dem Hauptfrachtführer, so müssen sie auch umgekehrt für den Hauptfrachtführer gegenüber den Unterfrachtführern und im Verhältnis mehrerer Unterfrachtführer untereinander gelten (a. M. Düringer-Hachenburg III 582; Makower § 432 IV b). Dem entspricht auch die Regelung der Ausgleichspflicht. Kann nämlich ein schuldiger Frachtführer nicht ermittelt werden, so haben die beteiligten Frachtführer den Schaden nach dem Verhältnis ihrer Anteile an der Fracht gemeinsam zu tragen. Jedoch können sich die in Anspruch genommenen Frachtführer durch den Nachweis befreien, daß der Schaden nicht auf ihrer Beförderungsstrecke entstanden ist. Die Nichtermittelung eines schuldigen Frachtführers ist hier nicht als Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs aufzufassen, die vom klagenden Frachtführer zu beweisen wäre. Es soll damit nur gesagt werden, daß dieser Ausgleichsanspruch nicht gegeben ist, wenn einen der Frachtführer ein Verschulden trifft. Kann der die Verteilung des Schadens beanspruchende Frachtführer nachweisen, daß auf seiner Beförderungsstrecke der Schaden nicht entstanden ist, so ist er selbst von der anteilsmäßigen Tragung des Schadens befreit. Ist nur noch ein zweiter Frachtführer vorhanden, so ergibt sich daraus, daß dieser allein den Schaden zu tragen hat. Das Ergebnis ist also hier dasselbe, als würde er diesen als den Schuldigen in Anspruch nehmen, weil der Schaden auf seiner Strecke eingetreten ist. Der auf anteilsmäßige Tragung des Schadens verklagte Frachtführer kann sich aber durch den Nachweis befreien, daß ein anderer Frachtführer den Schaden verschuldet hat; denn dieser ist in erster Linie haftbar. Dagegen genügt zur Befreiung von der anteilsmäßigen Tragung des Schadens nicht der Nachweis, daß weder er noch seine Leute den Schaden verschuldet haben. Ist der ermittelte schuldige Frachtführer zahlungsunfähig, so wird dadurch nicht das Recht auf Anm. 9.

Digitized by Google

§ 432. anteilsmäßige Verteilung des Schadens gegeben (anders im Berner Übereinkommen Art. 47). Wenn jedoch der Schuldige nicht ermittelt wird und einer der ausgleichspflichtigen Frachtführer zahlungsunfähig ist, so ist der Ausfall von den übrigen ausgleichspflichtigen Frachtführern zu tragen (§ 426 Abs. 1 BGB.; Makower § 432 IV c; abweichend Düringer-Hachenburg III 583).

Voraussetzung des Anspruchs auf vollen Ersatz wie des Anspruchs auf Verteilung des Schadens ist, daß der klagende Frachtführer bereits Schadensersatz geleistet hat. Daß gegen ihn eine Schadensersatzforderung besteht, genügt nicht (OLG. Hamburg HansGZ. 04 Hptbl. 45). Doch kann unter Umständen Klage auf Feststellung oder Befreiung angestellt werden (a. M. Düringer-Hachenburg III 582).

Anm. 10. **Zusatz.** Durch Vertrag kann sowohl die Haftpflicht des Hauptfrachtführers nach Abs. 1 geändert werden (bis zu welcher Grenze vgl. § 429 Anm. 18), als auch die Haftpflicht der Unterfrachtführer gegenüber dem Absender oder Empfänger nach Abs. 2, als auch endlich inbezug auf das Rückgriffsrecht nach Abs. 3. Auf die in einem durchgehenden Frachtbrief bedungene Haftpflichtbeschränkung kann sich auch der Unterfrachtführer berufen (OLG. Hamburg OLGR. 7, 162). (Über das Eisenbahnfrachtrecht siehe § 471 HGB. und § 74 VerkO.)

§ 433.

§ 433. Der Absender kann den Frachtführer anweisen, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger auszuliefern. Die Mehrkosten, die durch eine solche Verfügung entstehen, sind dem Frachtführer zu erstatten.

Das Verfügungsrecht des Absenders erlischt, wenn nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung der Frachtbrief dem Empfänger übergeben oder von dem Empfänger Klage gemäß § 435 gegen den Frachtführer erhoben wird. Der Frachtführer hat in einem solchen Falle nur die Anweisungen des Empfängers zu beachten; verletzt er diese Verpflichtung, so ist er dem Empfänger für das Gut verhaftet.

Lit.: Leutke, Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft unter besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäftes, 1905. Im übrigen wie zu § 425.

Einleitung. **Der Paragraph beschäftigt sich mit der Frage, bis zu welchem Zeitpunkte der Frachtführer die Anweisungen des Absenders, bzw. von welchem Zeitpunkte ab er nur noch die Anweisungen des Empfängers zu befolgen hat.** Der Zeitpunkt ist die Übergabe des Frachtbriefes an den Empfänger nach Ankunft des Guts am Orte der Ablieferung oder die Klage des Empfängers gegen den Frachtführer gemäß § 435. Doch ist hierbei zu beachten, daß hiermit die aufgeworfene Frage nicht erschöpfend beantwortet ist, und zwar aus mehreren Gründen. Denn einmal gilt die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen nur dann, wenn kein Ladeschein ausgestellt ist. Und dann geht selbstverständlicherweise die Verfügungsbefugnis ferner durch Übergabe des Gutes an den Empfänger auch ohne Übergabe des Frachtbriefes über. (Förtsch Art. 402 Anm. 1; ROHG. 21, 182).

Nach dem vorliegenden Paragraphen steht die Verfügungsbefugnis über das Frachtgut gegenüber dem Frachtführer bis zur Übergabe des Frachtbriefs nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte oder bis zur Klage des Empfängers gegen den Frachtführer gemäß § 435 dem Absender zu, von da ab dem Empfänger.

Anm. 1. 1. **Die Verfügungsbefugnis** umfaßt nach der vorliegenden Vorschrift die Rückgabe des Gutes und dessen Auslieferung an einen andern als den bezeichneten Empfänger. Daß dem Frachtführer dadurch Mehrkosten entstehen, kann er nicht vorschützen. Diese Mehrkosten kann er allerdings erstattet verlangen, und zwar, wenn er zur Vorleistung nicht verpflichtet ist, auch im voraus. Der Absender kann daher vom Frachtführer jederzeit verlangen, daß er ihm das Gut zurückgibt (allerdings nicht, daß er es an den Absendungsort zurück-

Digitized by Google

befördert, weil dies eine Mehrbelastung des Frachtführers darstellen würde, sondern nur, daß es ihm an dem Orte, an dem es sich gerade befindet, zurückgegeben wird; ROHG. 16, 199); daß der Abs. 1 jetzt dem Frachtführer das Recht auf Erstattung der Mehrkosten gibt, ändert an dieser Entscheidung nichts, der Rücktransport hat auch Mehrleistungen im Gefolge, und diese braucht der Frachtführer nicht zu übernehmen; das wäre eine einseitige Änderung des Leistungsinhalts. Der Absender muß also für den Rücktransport mit dem Frachtführer einen neuen Frachtvertrag abschließen. Aber auch die Abschließung dieses Frachtvertrages kann der Frachtführer, abgesehen von der Eisenbahn (§ 453), verweigern (JW. 87, 355[21]). Der Absender kann vom Frachtführer verlangen, daß dieser das Gut an einen anderen als den im Frachtvertrage bezeichneten Empfänger ausliefere, selbstverständlich, soweit auch dies nicht zu einer Mehrbelastung des Frachtführers führt (es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er eine andere Route wähle oder den Transport über den Bestimmungsort hinaus bewirke; ROHG. 11, 293; jedoch § 64 EVO. u. Art. 15 Internat. Übereink.). Übrigens ist die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen auch auf jede andere Anweisung entsprechend auszudehnen (z. B. Unterbrechung des Transports, Umladen des Guts), soweit sie nur nicht eine inhaltliche Mehrbelastung des Frachtführers enthält (z. B. nicht Transport anderer Güter, ROHG. 24, 418). — Vgl. RG. 15, 157; Hahn Art. 402, § 1; näher ausgeführt gegen Rosenthal, Internationales Eisenbahnfrachtrecht 131 und Gerstner, Internationales Eisenbahnfrachtrecht 254 von Staub in EisenbE. 12, 177. Vgl. jetzt § 64 VerkO. u. Art. 15 Abs. 1 Internat. Übereink. **§ 433.**

Über die **Form der Anweisung** ist nichts gesagt. Sie kann mündlich, schriftlich, auch telegraphisch erfolgen (ROHG. 25, 330). Die Legitimation des Anweisenden zu prüfen, ist Sache des Frachtführers (ROHG. 25, 330). Die VerkO. stellt in § 64 strengere Erfordernisse solcher Anweisungen auf (Ausfüllung und Unterzeichnung eines Formulars; Vorzeigung des etwa ausgestellten Frachtbriefduplikats, Übermittelung der Anweisung durch die Versandstation usw.). Anm. 2.

2. **Dem Absender** steht dieses Verfügungsrecht zunächst zu, d. h. dem, der den Frachtvertrag abgeschlossen hat, nicht dem, für dessen Rechnung er abgeschlossen wurde, d. i. dem Versender (vgl. ROHG. 15, 145). Nach Aushändigung des Frachtbriefes an den bezeichneten Empfänger steht das Verfügungsrecht diesem zu. Unter **dem bezeichneten Empfänger** ist dabei nicht nur der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger, sondern die Person zu verstehen, die dem Frachtführer vor Übergabe des Frachtbriefes vom Adressaten als Empfänger bezeichnet worden ist, sowie der Zessionar des Frachtbriefadressaten (ROHG. 20, 192; Eger 2, 130). Desgleichen steht das Verfügungsrecht dem Empfänger allein zu, nachdem er gegen den Frachtführer Klage aus § 435 erhoben hat. Anm. 3.

3. **Gegenüber dem Frachtführer** steht diese Verfügungsbefugnis dem Absender, und nach Übergabe des Frachtbriefes dem bezeichneten Empfänger zu. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Absender und dem Empfänger spielt dabei keine Rolle (RG. 34, 66; JW. 92, 152[11]), weshalb auch das Verfolgungsrecht des § 44 KO. hiermit nicht zusammenhängt (vgl. Exk. zu § 382 Anm. 98 ff). Den ihm vom Absender vor Übergabe des Frachtbriefes zugehenden Anweisungen hat der Frachtführer daher Folge zu leisten, ohne berechtigt zu sein, in eine Prüfung der Frage einzutreten, ob nach dem Rechtsverhältnis zwischen Absender und Empfänger diese Anweisung dem letzteren gegenüber berechtigt ist oder nicht, ob der Absender den Empfänger zur Abholung ermächtigt hat, und ob etwa dadurch, daß nach dem bürgerlichen Recht das Eigentum der Ware schon mit deren Aushändigung an den Frachtführer auf den Empfänger übergegangen ist, ein Zurückhalten des Gutes während des Transportes dem Empfänger gegenüber sich als rechtswidrig darstellt (ROHG. 11, 329), oder ob etwa trotz Eigentumsüberganges dem Absender ein Verfolgungsrecht zusteht oder nicht. Fragen dieser Art haben Absender und Empfänger miteinander auszumachen, der vorliegende Paragraph hat es mit ihnen nicht zu tun und legt dem Frachtführer die Gehorsamspflicht ohne Rücksicht auf sie auf. Anm. 4.

4. **Bis zur Aushändigung des Frachtbriefes nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte** oder bis zur Klage des Empfängers nach § 435 steht das Verfügungsrecht dem Absender zu, von da ab dem Empfänger. Durch die bloße Anzeige von der Ankunft und Lagerung Anm. 5.

Digitized by Google

§ 433. der Ware wird die Ausantwortung des Frachtbriefes nicht ersetzt (ROHG. 3, 436). Auch nicht durch die Erteilung der Abholungsbefugnis an den Empfänger seitens des Absenders, sofern nicht auch dem Frachtführer gegenüber der Absender zugunsten des Empfängers auf seine Rechte verzichtet (RGSt. im Recht 03, 134). Der Ablieferungsort ist der Ort, nach welchem nach Inhalt des Frachtvertrages das Gut zu befördern ist (ROHG. 14, 1). Bei Beförderung des Frachtgutes innerhalb einer Ortschaft ist unter dem Ablieferungsort die Ablieferungsstelle zu verstehen (LG. Köln in LZ. 07, 155). Das Verfügungsrecht des Absenders wird durch eine Aushändigung des Frachtbriefes vor Ankunft des Gutes an diesem Orte nicht aufgehoben (StrA. 63, 310). Auf den Ort, an dem der Frachtbrief übergeben wird, kommt nichts an. Die Ansicht, daß diese Übergabe am Ablieferungsorte selbst stattfinden müsse (StrA. 63, 310), findet im Gesetze keine Stütze (Eger 2, 119). Wenn die auf denselben Frachtbrief beförderten Güter nicht gleichzeitig ankommen und nach der Ankunft des ersten Teiles der Frachtbrief übergeben wird, so endet das Verfügungsrecht des Absenders auch hinsichtlich der noch nicht angekommenen Stücke (a. A. Makower § 433 Ic 2). Übergabe des Frachtbriefes an den Rollfuhrunternehmer wirkt nur dann als Übergabe an den Empfänger, wenn dieser Bevollmächtigter des letzteren ist (vgl. § 458 Anm. 3). — Im Eisenbahnverkehr hat der Absender dieses Verfügungsrecht nur, wenn er das ausgestellte Frachtduplikat vorweist (§ 61 Abs. 2 VerkO.), notwendig ist die Ausstellung eines solchen jedoch nur im internationalen Eisenbahnverkehr nach dem Berner Übereinkommen (Art. 8 Abs. 5, Art. 15 Abs. 2 daselbst). Nach Ansicht des OG. Wien (Z f. d. internat. EisTransp. 04, 129) soll der Empfänger gemäß Art. 15 u. 26 Berner FrachtÜbereink. erst mit Besitz des Originalfrachtbriefs über das Gut verfügen können.

Anm. 6 5. **Die Rechtsnatur des Übergangs des Verfügungsrechts auf den Empfänger** wird vom ROHG. (6, 273) mit Recht als ein Aufschub, nicht als ein Erlöschen des Verfügungsrechts des Absenders bezeichnet. Erklärt der Empfänger von seinem Verfügungsrecht nicht Gebrauch machen zu wollen, so tritt das des Absenders wieder voll in Kraft (JW. 86, 119[27]). Es kann daher der Frachtführer dem Absender das Gut nicht vorenthalten wegen eines Rückbehaltungsrechts, das ihm aus Forderungen gegen den Empfänger zusteht (a. M. Eger 2, 122). Nach anderer Richtung wird die Rechtsnatur dieses Überganges des Verfügungsrechts vom RG. (27, 84; JW. 90, 280[21]) dahin gekennzeichnet, daß er nur obligatorische Wirkungen erzeugt, nicht aber Besitz oder Gewahrsam der Sache auf den Empfänger überträgt (so daß er das Verfolgungsrecht des § 44 KO. nicht aufhebt). Vgl. Erk. zu § 382 Anm. 110.

Anm. 7. 6. **Die Rechtsfolge der Verletzung der dem Frachtführer hier auferlegten Gehorsamspflicht ist**

a) **gegenüber dem Absender:** Haftung nach Maßgabe des Frachtvertrages, unter Anwendung der §§ 429, 430, 431 oder nach sonstigen Grundsätzen (Schott 394; JW. 97, 12[33]);

Anm. 8. b) **gegenüber dem Empfänger:** „Haftung für das Gut", also zwar nicht für allen Schaden, doch aber für jeden Schaden, der das Gut durch Verlust, Beschädigung oder auch Verspätung trifft (Keyßner Art. 402 Anm. 8; ebenso Düringer-Hachenburg III 591; Makower § 433 IId) und zwar den Schaden, den er selbst erleidet; denn seine Rechte sind verletzt. Durch das Vorliegen der Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen tritt der Frachtführer in unmittelbare Rechtsbeziehungen zum Empfänger.

Anm. 9. **Zusatz 1. Fraglich kann sein, ob durch Übergabe und Annahme des Frachtbriefes lediglich der Frachtführer verpflichtet ist, oder auch der Empfänger eine Verpflichtung eingeht,** nämlich die zur Zahlung der Fracht gegen Auslieferung des Gutes. Das kann der Fall sein, die einzelnen Tatumstände können dies ergeben. Die einfache Annahme des Frachtbriefes kann aber nicht als genügender Ausdruck dieses Willens anerkannt werden (Hahn Art. 402 § 6).

Anm. 10. **Zusatz 2. Rechtsstellung des Frachtführers zum Empfänger, dem das Gut gegen die Anweisung des Absenders ausgehändigt ist.** Er hat unter Umständen gegen diesen einen Anspruch aus § 812 BGB. auf Rückgabe des Gutes oder Werterſatz (RG. in EisenbE. 1, 332).

Anm. 11. **Zusatz 3. Durch Vertrag** kann die Haftung beseitigt werden, bis auf die Haftung für Arglist des Frachtführers (vgl. § 429 Anm. 18 u. 19).

Digitized by Google

§ 434.

Der Empfänger ist vor der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung dem Frachtführer gegenüber berechtigt, alle zur Sicherstellung des Gutes erforderlichen Maßregeln zu ergreifen und dem Frachtführer die zu diesem Zwecke nothwendigen Anweisungen zu ertheilen. Die Auslieferung des Gutes kann er vor dessen Ankunft am Orte der Ablieferung nur fordern, wenn der Absender den Frachtführer dazu ermächtigt hat. § 434.

Lit.: wie zu § 433.

Der Paragraph gibt dem Empfänger noch ein eigenes, doch beschränktes Verfügungsrecht über das Frachtgut gegenüber dem Frachtführer schon während der Reise.

1. **Es ist ein eigenes Recht.** Dasselbe steht dem Empfänger kraft Gesetzes aus eigenem Recht zu, der dabei also nicht als Bevollmächtigter des Absenders zu betrachten ist. Der Frachtvertrag wird infolge dieses und des im § 435 gegebenen Rechts zum Vertrag zugunsten eines Dritten (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 480 ff.; Lehmann-Ring § 435 Nr. 2; Düringer-Hachenburg § 433 Note IV; Goldmann § 435 Anm. 3; a. M. RG. in JW. 00, 314[18]). Andererseits darf dies Recht aber auch nicht das Verfügungsrecht des Absenders durchkreuzen. Dieser bleibt Herr des Geschäfts und im Kollisionsfalle ist seinen Anweisungen Folge zu leisten (Puchelt Art. 404 Anm. 1). Die abweichende Anweisung des Absenders kann auch allgemein bei der Aufgabe erteilt sein. Anm. 1.
2. **Es ist ein beschränktes Verfügungsrecht:** es bezieht sich nur auf Maßregeln zum Zwecke der Sicherstellung des Gutes. Doch sind das nicht nur solche Maßregeln, die die Erhaltung und Verwahrung des Gutes bezwecken, sondern auch solche, die die Ermöglichung des Weitertransports und der rechtzeitigen Vollendung desselben im Auge haben (Eger 2, 278; Düringer-Hachenburg III 592; Makower § 433 I f.); nicht aber sonstige beliebige Maßregeln (JW. 97, 12[33]). Dagegen kann der Empfänger den Ablieferungsort nicht eigenmächtig verändern (Keyßner zu Art. 404) und auch nicht Weisungen lediglich im Interesse der bezweckten Verwendung der Ware erteilen (JW. 97, 12[33]). Anm. 2.
3. **Es handelt sich nur um das Recht gegenüber dem Frachtführer.** Ob dem Empfänger auch im Verhältnis zum Absender das Recht zusteht, entscheidet das zwischen diesen beiden bestehende Rechtsverhältnis, desgleichen wer die Kosten der getroffenen Maßregeln zu tragen hat (Hahn Art. 404 § 3). Anm. 3.
4. **Die Form der Erzwingung des Rechts** ist hier nicht bestimmt. Klage oder einstweilige Verfügung sind der richtige Weg. Anm. 4.
5. **Die Rechtsfolge der Befolgung der Anweisung** ist, daß der Frachtführer gegenüber dem Absender und Empfänger gedeckt ist. Die Folge der Nichtbefolgung ist die Verantwortlichkeit gegenüber beiden (Puchelt Art. 404 Anm. 3; vgl. JW. 97, 12[33]). Anm. 5.

Zusatz. Eine Pflicht des Empfängers zur Anordnung von Sicherheitsmaßregeln ist hier nicht aufgestellt. Dem Frachtführer gegenüber besteht sie daher nicht; ob sie im Einzelfall gegenüber dem Absender besteht, entscheidet wiederum das Rechtsverhältnis zwischen beiden. Das eigene Interesse wird den Empfänger dazu veranlassen, wenn er die Gefahr des Transportes trägt. Anm. 6.

§ 435.

Nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung ist der Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen, ohne Unterschied, ob er hierbei in eigenem oder in fremdem Interesse handelt. Er ist insbesondere berechtigt, von dem Frachtführer § 435.

Digitized by Google

§ 435. die Uebergabe des Frachtbriefs und die Auslieferung des Gutes zu verlangen. Dieses Recht erlischt, wenn der Absender dem Frachtführer eine nach § 433 noch zulässige entgegenstehende Anweisung ertheilt.

Einleitung. **Das Recht des Empfängers gegen den Frachtführer nach Beendigung des Transports.** Der Paragraph gewährt dem Adressaten ein selbständiges Recht gegen den Frachtführer, obwohl er mit diesem einen Vertrag nicht geschlossen hat. Der Frachtvertrag ist insoweit ein Vertrag zugunsten eines Dritten (vgl. § 434 Anm. 1).

Anm. 1. 1. **Die Voraussetzung des Rechts** ist die Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung. Das Gut muß also wirklich angekommen sein. Vorher hat der Empfänger die Rechte aus dem Frachtvertrage, insbesondere das Recht auf Aushändigung des Frachtgutes nicht, vorher kann der Empfänger ein solches Recht nicht geltend machen; deshalb darf vorher der Frachtführer ihm das Gut nicht aushändigen (Bolze 17 Nr. 434). Es genügt nicht, daß der Zeitpunkt herangekommen ist, zu dem das Frachtgut am Ablieferungsorte hätte ankommen sollen (a. M. JW. 99, 833[13] u. Eger 2, 398). Die Gesetzesworte sind so klar, daß ein Zweifel hieran nicht möglich ist. Bei Totalverlust ist demgemäß der § 435 nicht anwendbar (vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 481; LG. Köln in LZ. 07, 155). Andererseits entsteht das Recht mit der Ankunft des Gutes auch dann, wenn es vor der vereinbarten Ablieferungszeit am Ablieferungsorte ankommt. Auch hierüber lassen die Gesetzesworte keinen Zweifel. Auch ist nicht ersichtlich, daß etwas anderes vom Gesetzgeber beabsichtigt war. Ist von mehreren auf einen Frachtbrief beförderten Gütern nur ein Teil angekommen, so kann der Empfänger die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte auch hinsichtlich der nicht angekommenen Stücke geltend machen, sei es daß diese in Verlust geraten sind oder ihre Ankunft sich nur verspätet hat (vgl. § 433 Anm. 5; a. M. Makower § 435 Ic).

Wenn aber auch das Recht des Empfängers erst mit der Ankunft des Gutes am Ablieferungsort zur Entstehung gelangt, so ist es doch schon pfändbar, bevor das Gut den Ablieferungsort erreicht hat. Denn auch das Recht des Empfängers gründet sich auf den Frachtvertrag. Es ist daher wie ein bedingtes Recht zu behandeln (vgl. § 844 CPO.: anders Seuffert § 829 Anm. 1a).

Anm. 2. 2. **Der Berechtigte** ist der Empfänger. Dieser kann auch jemanden bevollmächtigen. Der Bevollmächtigte hat sich gehörig zu legitimieren. Daß er die Ware vom Empfänger zu beanspruchen hat, genügt nicht (ROHG. 25, 330).

Anm. 3. 3. **Der Verpflichtete** ist der Frachtführer. Gegen den Spediteur ist ein gleiches Recht nicht gegeben (ROHG. 13, 327).

Anm. 4. 4. **Der Inhalt des Rechts** ist: Der Empfänger kann die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der daraus hervorgehenden Verpflichtungen in eigenem Namen geltend machen.

a) Die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte. Dabei entscheidet, wie Hahn § 8 zu Art. 405 treffend sagt, die aktuelle Gestalt des Frachtvertrages d. h. die Gestalt desselben, die er durch Vereinbarungen oder Anweisungen des Absenders bis zu dem Zeitpunkte, wo der Empfänger sein Recht geltend macht, erhalten hat. Daß überall nur Vereinbarungen des Absenders maßgebend sind, hat das RG. (13, 75) besonders hervorgehoben. Der Frachtbrief ist hierbei nicht schlechthin maßgebend, da gegen ihn der Gegenbeweis ursprünglich anderer oder später abgeänderter Vereinbarungen zulässig ist (ROHG. 7, 216; 8, 192; Eger 2, 302: Hahn § 8 Art. 405 Nr. 3).

Anm. 5. Die Frage, welche Rechte aus dem Frachtvertrage der Empfänger geltend machen kann, ist müßig, da unser Paragraph ganz allgemein spricht und kein Recht ausnimmt. Selbstverständlich steht daher dem Empfänger auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung zu (ROHG. 4, 332). Hervorgehoben aber sind die Ansprüche auf Aushändigung des Frachtbriefes und auf Auslieferung des Gutes. Dieser Begriff bedeutet

Digitized by Google

offensichtlich das gleiche, wie das sonst gebrauchte Wort „Ablieferung". Über diesen Begriff siehe § 377 Anm. 16. Es ist das Aufgeben des durch den Transport übernommenen Gewahrsams mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Empfängers. In diesem Sinne stellt auch die Übergabe der Ware an die Zollbehörde nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte oder nach Benachrichtigung des Empfängers, sowie unter Aushändigung der Begleitpapiere, eine Aushändigung dar (ROHG. 2, 252). Regelmäßig ist die Ware dem Empfänger in seine Behausung zu bringen (ROHG. 2, 417; a. M. Thoel III, 30), dort ist sie aber nur abzuladen, nicht etwa noch auf den Lagerplatz einzukarren, in den Keller zu tragen usw. Eine Ausnahme von dieser Überbringungspflicht besteht bei den Eisenbahnen, die nach ihrem Reglement das Gut nur in den Bahnhof zu schaffen und die Ankunft anzuzeigen haben (ROHG. 8, 24). Keine Ausnahme dagegen gewährt der Verzug; dieser verändert nach dem BGB. die Überbringungspflicht nicht in eine Abholungspflicht. Der Frachtführer braucht zwar, wenn der Empfänger erklärt hat, er wolle das Gut nicht abnehmen oder die Fracht nicht bezahlen, zunächst das Gut nicht abzuliefern (§ 295 BGB.), aber wenn der Empfänger es unter Anbietung der Mehraufwendungen für das erste vergebliche Angebot nachträglich verlangt, so ist der Frachtführer verpflichtet, die Abrollung nunmehr noch einmal zu bewirken (§ 304 BGB.). Nur wenn der Empfänger auf die Geltendmachung seiner Rechte aus dem Frachtvertrag verzichtet, verliert er den Anspruch auf Ablieferung des Gutes (vgl. § 333 BGB.). In der Weigerung der Annahme des Gutes ist ein derartiger Verzicht nicht ohne weiteres zu finden (a. M. Makower § 435 III b 1). Will der Frachtführer sich davor schützen, in die Lage zu kommen, wiederholt abzurollen, so mag er gemäß § 372 BGB. hinterlegen oder gemäß § 383 BGB. das Gut versteigern lassen und den Erlös hinterlegen (vgl. Exk. § 372 Anm. 27). § 435.

Wenn die Ware nicht zu überbringen ist, muß die Ankunft wenigstens angezeigt werden (ROHG. 8, 29; 14, 279). Ist die Wohnung oder das Geschäftslokal des Empfängers weder in dem Frachtbriefe angegeben, noch sonst bekannt, so kann der Frachtführer die Abholung gewärtigen oder gegebenenfalls nach § 437 verfahren (Eger 2, 171). Meldet sich der Empfänger, so hat er ihm das Gut auszuliefern, auch wenn er dem Absender bereits die Unbestellbarkeit des Gutes angezeigt hat (OLG. Karlsruhe BadRpr. 03, 128). Anm. 6.

b) Gegen Erfüllung der sich aus dem Frachtvertrage ergebenden Verpflichtungen. Anm. 7.
Also nur Zug um Zug kann der Empfänger seine Rechte aus dem Frachtvertrage geltend machen. Er kann nicht Vorleistung verlangen. Dagegen kann er beanspruchen, daß der Frachtführer ihm das Gut ohne gleichzeitige Erfüllung der ihm nach dem Frachtvertrag obliegenden Gegenleistung zur Besichtigung vorzeigt (vgl. hierüber § 438 Anm. 3). Es kann andererseits die Herausgabe des ganzen Frachtgutes verweigert werden, bis der Empfänger seinerseits die Rechte aus dem Vertrage erfüllt (ROHG. 14, 272), vorbehaltlich der allgemeinen Bestimmung des § 320 Abs. 3 BGB., wonach bei teilweiser Leistung die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden kann, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Ist das Gut durch Nachnahme beschwert, so ist der Frachtführer dem Absender gegenüber verpflichtet, das Gut nur gegen Zahlung der Nachnahme auszuhändigen. Er haftet ihm sonst für den Schaden. Dieser Bestimmung des Frachtvertrages ist auch der Empfänger unterworfen und muß sich ihr fügen.

Gehört zu den Verpflichtungen des Empfängers auch die Aushändigung eines Empfangsscheins? Das HGB. verlangt das nicht. Aber das BGB. legt in seinem § 368 dem Gläubiger die Verpflichtung auf, gegen Empfang der Leistung dem Schuldner eine Quittung zu geben. Man kann auch nicht sagen, daß die Erteilung der Quittung im Verkehr nicht üblich sei. Anm. 8.

Im eigenen Namen kann der Empfänger diese Rechte geltend machen. Er gilt also dabei nicht als Beauftragter des Absenders; wenn es sich um Schadensersatz handelt, kommt Anm. 9.

Digitized by Google

§ 435. nur sein Schaden bzw. der seines Kommittenten, nicht ohne weiteres der des Absenders in Betracht (ROHG. 4, 359; RG. 13, 68). Mit Unrecht will Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 482 und ihm beitretend Düringer-Hachenburg III 596c dem Empfänger auch das Recht geben, das Interesse des Absenders geltend zu machen.

Anm. 10. 5. **Das Recht erlischt, wenn der Absender ihm gemäß § 433 mit einer veränderten Anweisung zuvorgekommen ist.** Nach § 433 kann der Absender auch dann noch, wenn das Gut am Ablieferungsorte angekommen ist, dem Frachtführer veränderte Anweisungen erteilen, insbesondere ihn anweisen, das Gut zurückzugeben oder einem anderen abzuliefern, so lange der Empfänger nicht den Frachtbrief ausgehändigt erhalten oder gemäß § 435 Klage gegen den Frachtführer erhoben hat. Daß der Empfänger in anderer Weise, etwa durch eingeschriebenen Brief seine Rechte geltend gemacht hat, genügt nicht; auch das genügt nicht, daß ohne Aushändigung des Frachtbriefes der Empfänger sich dem Frachtführer gegenüber zur Abnahme des Gutes verpflichtet hat, oder daß der Frachtführer sich ihm gegenüber direkt zur Auslieferung des Gutes verpflichtet hat. Alles das kann das Verfügungsrecht des Absenders vor dem Eintritt der im § 435 erwähnten Tatsachen nicht aufheben. Hat aber der Empfänger den Frachtbrief ausgehändigt erhalten, oder Klage gegen den Frachtführer erhoben, so ist damit umgekehrt das Verfügungsrecht des Absenders erloschen. Spätere Gegenanweisungen des Absenders darf der Frachtführer nicht mehr beachten und dem Empfänger entgegenhalten. Jedoch wird das Verfolgungsrecht des Absenders aus § 44 KO. durch die Klageanstellung aus § 435 nicht beseitigt, weil hierin keine Besitzübertragung an den Empfänger liegt (Förtsch Art. 405 Anm. 11; vgl. Ekk. § 382 Anm. 110).

Anm. 11. 6. **Die Vorschrift gewährt dem Empfänger ein Recht, ohne ihm eine Pflicht aufzuerlegen.** Es hat also nicht umgekehrt der Frachtführer ein gesetzliches Recht, gegen den Empfänger auf Abnahme des Gutes gegen Zahlung der Fracht zu klagen, dies auch nicht nach Annahme des Frachtbriefes (JW. 00, 314[13]; vgl. § 436 Anm. 1). Vielmehr gibt § 436 erst nach Annahme des Gutes und des Frachtbriefes dem Frachtführer ein gesetzliches Recht auf Zahlung. Die Verpflichtungen treffen also den Absender, und zwar im ganzen Umfange, auch insoweit, als sie erst entstehen, nachdem das Recht des Empfängers ein unwiderrufliches geworden ist, so z. B. wenn wegen Verzögerung der Annahme Lagerkosten entstehen (ROHG. 6, 276; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 482). Es kann aber gegebenen Falles schon mit Annahme des Frachtbriefes ein Vertragsrecht des Frachtführers auf Abnahme begründet sein (vgl. § 436 Anm. 1). Einen solchen Fall behandelt ROHG. 20, 410: der Empfänger hatte den Frachtbrief angenommen und den Frachtführer zur Auslieferung der Ladung angewiesen, hierdurch sich also dem Frachtführer gegenüber bereit erklärt, das Gut anzunehmen (vgl. auch JW. 00, 314[13]).

§ 436.

§ 436. Durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefs wird der Empfänger verpflichtet, dem Frachtführer nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten.

Lit.: wie zu § 433.

Einleitung. **Der Paragraph gibt dem Frachtführer unter einer bestimmten Bedingung das gesetzliche Recht gegen den Adressaten auf Zahlung nach Maßgabe des Frachtbriefes.**

Anm. 1. 1. **Rechtliche Bedeutung der Vorschrift.** Der Paragraph bestimmt eine direkte gesetzliche Zahlungsverpflichtung des Empfängers gegenüber dem Frachtführer ohne Rücksicht darauf, ob eine solche Zahlungsverpflichtung schon durch das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältnis begründet ist, also auch für den Fall, daß eine direkte Vertragsbeziehung nicht besteht. Keineswegs will der Paragraph besagen, daß nur unter der hier vorgesehenen Bedingung der Empfänger dem Frachtführer gegenüber zur Zahlung verpflichtet ist. Vielmehr kann diese Zahlungsverpflichtung auch sonst begründet sein, sei es, daß von vornherein

Digitized by Google

ein Vertragsverhältnis zwischen beiden besteht (so z. B. wenn der Empfänger zugleich der Absender ist) oder wenn nachträglich, insbesondere nach Ankunft des Gutes, eine Vertragsbeziehung begründet wird, wie dies z. B. dadurch geschieht, daß der Empfänger den Frachtbrief annimmt und dem Frachtführer Anweisung zur Ausladung gibt und dieser die Anweisung annimmt (vgl. § 435 Anm. 11; JW. 00, 314[13]). Durch Zahlung eines Frachtvorschusses seitens des Empfängers wird eine vertragliche Verpflichtung zur Frachtzahlung nicht begründet (KG. in OLGR. 6, 96). § 436.

Der Paragraph will nur in einem bestimmten Falle das gesetzliche Recht auf Zahlung geben. Der gesetzgeberische Grund der Vorschrift ist allerdings auch hier, daß in der Annahme des Guts und des Frachtbriefes eine Erklärung des Empfängers gegenüber dem Frachtführer liegt, die geeignet ist, eine direkte Vertragsbeziehung zwischen beiden herzustellen. Anm. 2.

2. **Die gesetzliche Bedingung der Zahlungsverpflichtung ist die Annahme des Gutes und des Frachtbriefes.** Annahme des Gutes allein erfüllt diese Bedingung nicht, kann aber aus sonstigen Gründen eine nicht auf dem Frachtvertrag beruhende Vertragsbeziehung zwischen den Beteiligten mit ähnlicher Wirkung herstellen (das gilt insbesondere, wenn ein Frachtbrief nicht ausgestellt ist). Das gleiche gilt von der Annahme des Frachtbriefes allein. *Zur Annahme* gehört eine Übernahme der Gegenstände durch den Empfänger mit seinem Willen. Körperliche Übergabe ist nicht unbedingt erforderlich. Eine Vereinbarung, daß das Gut als abgeliefert gelten solle, jedoch vom Frachtführer aufzubewahren sei, genügt (OLG. Hamburg ZHR. 40, 542; Burchard 206); nicht aber die Vereinbarung, daß das Gut an einen anderen Ort weiter zu transportieren und dort abzunehmen ist (OLG. Hamburg ebenda). Der Empfänger muß die Verfügungsgewalt über das Gut erlangt haben (JW. 99, 101[42]; 00, 311[4]). Daher liegt auch keine Annahme vor, wenn der Empfänger die Ladung nur vermessen hat und ihm ein Löschplatz angewiesen ist (KG. in OLGR. 6, 96). Nimmt der Empfänger infolge eines Verschuldens des Frachtführers irrtümlich ein anderes als das nach dem Frachtvertrag zu befördernde Gut an, so tritt die an die Annahme geknüpfte Folge des § 435 nicht ein (OLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 309). Werden Gut und Frachtbrief dem Empfänger in seiner Abwesenheit überbracht, so liegt gleichfalls keine Annahme vor; wohl aber, wenn er nachträglich seinen Willen zu erkennen gibt, das Gut zu behalten, also besonders, wenn er die Rückgabe verweigert (ROHG. 20, 410). Erfolgt die Annahme unter der gleichzeitigen Erklärung, daß hiermit die Verpflichtung zur Zahlung der Fracht nicht anerkannt, vielmehr die Entscheidung über Behalten oder Rückgabe des Guts vorbehalten werde, so entbehrt die Annahme der verpflichtenden Kraft (Thoel III 63). Selbstverständlich ist der Frachtführer gegenüber einer solchen Erklärung nicht zur Aushändigung von Gut und Frachtbrief verpflichtet, sondern er kann nach § 437 verfahren. Händigt er das Gut aber gleichwohl aus, so erklärt der Frachtführer damit sein Einverständnis mit dem Vorbehalt. Eine nach der Annahme des Gutes erfolgte Verwahrung ist dagegen wirkungslos. Die Verwahrung verliert ferner ihre Wirkung, wenn der Empfänger Handlungen vornimmt, die mit ihr im Widerspruch stehen, z. B. wenn er das Gut verbraucht oder verkauft (Förtsch Art. 406 Anm. 2). Anm. 3.

Gleichgültig ist, ob Gut und Frachtbrief gleichzeitig angenommen werden oder nacheinander (Thoel III 63). Ebenso ob die Annahme durch den Empfänger selbst erfolgte, oder durch einen von ihm hierzu Beauftragten, z. B. durch einen von ihm beauftragten Spediteur (RG. 46, 8; LG. Chemnitz EisenbE. 19, 337). Andererseits kommt es auch darauf nicht an, ob der Empfänger für eigne oder fremde Rechnung handelt, sofern nur der Frachtbrief ihn als den Empfänger bezeichnet (LG. Frankfurt a. O. KGBl. 03, 35). Die Wirkung der Annahme wird dadurch nicht beseitigt, daß der Absender außerhalb des Frachtbriefes den Empfänger anweist, nicht an den Frachtführer zu zahlen (LG. Frankfurt a. O. KGBl. 02, 5). Anm. 4.

3. **Der Inhalt der Verpflichtung ist Zahlung nach Maßgabe des Frachtbriefes.** Dabei ist nicht lediglich der Wortlaut des Frachtbriefes entscheidend. Es genügt vielmehr, wenn der Anm. 5.

Digitized by Google

§ 436. Frachtbrief Bezug nimmt auf andere Schriftstücke (Begleitpapiere, Fakturen, Lieferungsscheine, Zollpapiere) oder auf ordnungsmäßig veröffentlichte Reglements und Tarife, auf Lokalstatuten, Ortsgebräuche (Eger 2, 368; Hahn Art. 406, § 4; ROHG. 20, 410; 21, 181 u. 185; RG. 4, 74; OLG. Frankfurt Holdheim 06, 55). Mindestens eine solche Bezugnahme ist aber erforderlich. Vereinbarungen, die mit dem Frachtbrief außer allem Zusammenhang stehen und die das Maß der Leistung, wie es sich aus dem Frachtbrief ergibt, erhöhen oder verringern, sind auf die Zahlungsverpflichtung des Empfängers einflußlos (RG. in Gruch. 25 Beil. 1091 Nr. 136). Wohl aber ist gegen den Inhalt des Frachtbriefes selbst der Einwand des Irrtums zulässig und führt zu Nach- und Rückforderungen (ROHG. 9, 71; 21, 182), so z. B. wenn der Eisenbahnverwaltung ein Druckfehler in ihrem Frachtbriefformular nachgewiesen wird (RG. 6, 101). Auch kann der Frachtbrief aus dem nach Treu und Glauben anzunehmenden Vertragswillen des Absenders und Frachtführers ausgelegt (RG. 4, 74), nicht aber aus ihren mündlichen Abreden ergänzt werden (vgl. RG. 1, 16).

Anm. 6 Der Gegenstand der Zahlung kann Frachtlohn sein, aber auch Spesen, Auslagen, Nachnahmen und Vertragsstrafen (ROHG. 21, 185; RG. in EisenbE. 1, 304; 3, 87). Auch Liegegelder gehören dazu, wenn sie im Frachtbriefe vorbehalten oder durch Bezugnahme auf Ortsgebräuche begründet sind (RG. 15, 76; RG. in SeuffA. 36 Nr. 289). Das ROHG. 20, 409 hat die Liegegelder zugesprochen, weil es einen Annahmeverzug des Empfängers feststellte. Über die Vertragsstrafe vgl. ROHG. 21, 185; RG. bei Puchelt Anm. 8 (sie fällt dem Empfänger auch dann zur Last, wenn dieser die unrichtige Deklaration nicht gekannt hat); über Nachnahmen s. OTr. 76, 65 (sie sind vom Empfänger auch dann zu bezahlen, wenn der Frachtführer sie noch nicht bezahlt hat; es kann ja gerade ein Einkassierungsmandat vorliegen).

Anm. 7. Bei teilbaren Sendungen liegt in der Annahme eines selbständigen Gutes eine Annahme im Sinne des § 436, die zur entsprechenden Leistung dem Frachtführer gegenüber verpflichtet (ROHG. 15, 142); im übrigen enthält eine teilweise Annahme keine Annahme im Sinne des § 436.

Anm. 8. 4. **Der Eintritt in diese Haftung befreit den Absender nicht.** Er begründet nur eine neben diese tretende selbständige Verpflichtung des Empfängers, auf Grund deren der Frachtführer in der Lage ist, die Zahlung vom Empfänger zu fordern (OLG. Darmstadt OLGR. 2, 23; OLG. Marienwerder PostMSchr. 05, 151; vgl. auch RG. 47, 39). Eine andere Frage ist, ob der Absender aus einer Schuld des Frachtführers bei der ihm etwa obliegenden Einkassierung eine Einwendung erheben kann (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 483).

Anm. 9. **Zusatz. Für das Eisenbahnfrachtrecht** trifft § 67 VerkO. eine entsprechende Bestimmung.

§ 437.

§ 437. Ist der Empfänger des Gutes nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme oder ergiebt sich ein sonstiges Ablieferungshinderniß, so hat der Frachtführer den Absender unverzüglich hiervon in Kenntniß zu setzen und dessen Anweisung einzuholen.

Ist dies den Umständen nach nicht thunlich oder der Absender mit der Ertheilung der Anweisung säumig oder die Anweisung nicht ausführbar, so ist der Frachtführer befugt, das Gut in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise zu hinterlegen. Er kann, falls das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, das Gut auch gemäß § 373 Abs. 2 bis 4 verkaufen lassen.

Von der Hinterlegung und dem Verkaufe des Gutes hat der Frachtführer den Absender und den Empfänger unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn,

Digitized by Google

daß dies unthunlich ist; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. § 437.

Lit.: Reindl in Ztg. d. Ver. d. EisVerw. 01, 1063; Senkpiehl in EisenbE. 21, 204; Rundnagel ebenda 398ff.

Der vorliegende Paragraph gibt dem Frachtführer besondere Pflichten und Rechte im Falle von Ablieferungshindernissen. Einleitung.

1. **Vorausgesetzt ist ein Ablieferungshindernis.** Hervorgehoben sind die Fälle, daß der Empfänger nicht zu ermitteln ist oder daß er die Annahme verweigert. Letzterer Fall liegt auch dann vor, wenn der Empfänger sich weigert, die Fracht zu bezahlen (ROHG. 2, 416; vgl. § 298 BGB.). Ein sonstiges Ablieferungshindernis liegt vor, wenn die Zollbehörde das vom Auslande kommende Frachtgut nicht über die Grenze lassen will. Anm. 1.

2. **Die Rechtsfolgen** sind: Anm. 2.

a) Der Frachtführer hat die Benachrichtigungspflicht. Er hat den Absender von dem Ablieferungshindernisse unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern in Kenntnis zu setzen und dessen Anweisungen einzuholen, also ihn um seine Anweisungen zu ersuchen. Unterläßt er dies, so ist er dem Absender schadensersatzpflichtig, so z. B. wenn dadurch Modewaren länger liegen und unmodern werden (ROHG. 20, 347; vgl. § 347 Anm. 11). Meldet sich der nicht ermittelte Empfänger nachträglich, so hat der Frachtführer ihm das Gut auszuhändigen, und nicht etwa die Weisungen des Absenders abzuwarten (LG. Karlsruhe BadRpr. 03, 128). Dasselbe gilt, wenn der Empfänger, der zunächst die Annahme des Gutes verweigert hat, nachträglich sich annahmebereit erklärt, sofern er nicht auf seine Rechte aus dem Frachtvertrag verzichtet hat (vgl. § 435 Anm. 5; abweichend Senkpiehl a. a. O.).

b) Ist die Benachrichtigung nicht tunlich oder war sie vergeblich, so ist dem Frachtführer ein besonderes Recht gewährt. Vergeblich ist die Benachrichtigung dann, wenn der von dem Hindernisse benachrichtigte Absender mit der Erteilung der Anweisung säumig oder die erteilte Anweisung nicht ausführbar ist. Letzteres bedeutet nicht nur eine Unmöglichkeit der Erfüllung, sondern schon eine Unmöglichkeit im Rahmen des geschlossenen Frachtvertrages. Anweisungen, die die im Frachtvertrage übernommenen Verpflichtungen überschreiten, braucht der Frachtführer auch im Falle eines Ablieferungshindernisses nicht auszuführen. Sind die erteilten Anweisungen in diesem Rahmen nicht ausführbar, so liegt unser Fall vor (vgl. § 433 Anm. 1). Anm. 3.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Frachtführer befugt, das Gut in einem öffentlichen Lagerhause oder sonst in sicherer Weise zu hinterlegen. Wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt oder Gefahr im Verzuge ist, so kann er das Gut auch gemäß § 373 Abs. 2—4 verkaufen lassen (vgl. über alles dies § 373 Anm. 31). Einer gerichtlichen Mitwirkung bedarf es zur Ausübung aller dieser Rechte nach unserem Paragraphen nicht, abweichend vom früheren Art. 417. Dagegen hat der Frachtführer von seinen Schritten dem Absender und dem Empfänger unverzüglich zur Vermeidung des Schadensersatzes Nachricht zu geben, wie dies Abs. 3 vorschreibt. Einer Benachrichtigung nach § 373 Abs. 5 bedarf es daneben nicht. Für den Eisenbahnfrachtvertrag vgl. § 70 VerkO. Hiernach kann die Eisenbahn selbst den Verkauf ohne weitere Förmlichkeit, jedoch unter möglichster Wahrung der Interessen des Absenders, vornehmen. Anm. 4

Zusatz 1. Außerdem ist an dieser Stelle darauf aufmerksam zu machen, daß der Frachtführer ein Verkaufsrecht auch beim Nichtvorhandensein einer Gefahr hat, nämlich auf Grund seines Pfandrechts nach § 440. Anm. 5.

Zusatz 2. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß der Frachtführer auch noch das Recht hat, bei Verweigerung der Annahme, insbesondere wegen etwa vorhandener Mängel des Gutes, die Feststellung des Zustandes im Wege der Sicherung des Beweises gemäß § 488 CPO. vorzunehmen. (Den Text dieses Paragraphen und seine Erläuterung s. im Exk. zu § 379.) Anm. 6.

Digitized by Google

§ 438.

§ 438. Ist die Fracht nebst den sonst auf dem Gute haftenden Forderungen bezahlt und das Gut angenommen, so sind alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrag erloschen.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, soweit die Beschädigung oder Minderung des Gutes vor dessen Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist.

Wegen einer Beschädigung oder Minderung des Gutes, die bei der Annahme äußerlich nicht erkennbar ist, kann der Frachtführer auch nach der Annahme des Gutes und der Bezahlung der Fracht in Anspruch genommen werden, wenn der Mangel in der Zeit zwischen der Uebernahme des Gutes durch den Frachtführer und der Ablieferung entstanden ist und die Feststellung des Mangels durch amtlich bestellte Sachverständige unverzüglich nach der Entdeckung und spätestens binnen einer Woche nach der Annahme beantragt wird. Ist dem Frachtführer der Mangel unverzüglich nach der Entdeckung und binnen der bezeichneten Frist angezeigt, so genügt es, wenn die Feststellung unverzüglich nach dem Zeitpunkte beantragt wird, bis zu welchem der Eingang einer Antwort des Frachtführers unter regelmäßigen Umständen erwartet werden darf.

Die Kosten einer von dem Empfangsberechtigten beantragten Feststellung sind von dem Frachtführer zu tragen, wenn ein Verlust oder eine Beschädigung ermittelt wird, für welche der Frachtführer Ersatz leisten muß.

Der Frachtführer kann sich auf diese Vorschriften nicht berufen, wenn er den Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.

Lit.: Reindl in EisenbE. 19, 363. Im übrigen wie zu § 425.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph enthält die bedeutsame Vorschrift, daß regelmäßig die Bezahlung der auf dem Gute haftenden Forderung und die Annahme des Gutes alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage zur Erlöschung bringt.**

Anm. 1. I. Vorweg ist zu bemerken, daß hier ein aus Nützlichkeitsrücksichten aufgestellter Rechtssatz vorliegt, der eine Ausnahmevorschrift enthält und daher nicht ausdehnend auszulegen ist.

Anm. 2. II. **Die Regelvorschrift** ist, daß die Bezahlung der auf dem Frachtgute ruhenden Forderung und die Annahme des Gutes alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage zur Erlöschung bringt.

1. **Die Annahme des Gutes und die Bezahlung der Fracht mit Nebenkosten erzeugen diese Rechtswirkung.**

a) Der Grund dieser Rechtswirkung liegt darin, daß in der Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht mit Nebenkosten eine Genehmigung der Leistung des Frachtführers liegt, durch die er die Sache als für ihn endgültig erledigt betrachten darf. Eine Besonderheit aber ist, daß die Genehmigungshandlung des einen Interessenten auch gegen einen anderen Interessenten wirkt, denn durch die Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht seitens des Empfängers erlöschen auch die Ansprüche des Absenders (vgl. unten Anm. 11).

Anm. 3. b) Auf den ersten Anschein scheint ein Widerspruch mit anderen Vorschriften vorzuliegen. Denn nach der richtigen Auffassung des § 430 muß der Empfänger auch das beschädigte und unvollständige Gut annehmen (§ 430 Anm. 4); aus dieser Annahme aber in Verbindung mit der Annahme des Frachtbriefes folgt nach § 436 die Verpflichtung zur Bezahlung der Fracht. Damit scheint es in Widerspruch zu stehen, wenn unser Paragraph an die Annahme des Gutes und die Bezahlung der Fracht den Verlust jedes Anspruchs an den

Digitized by Google

Frachtführer knüpft. Dieser Widerspruch löst sich dadurch auf, daß der Empfänger berechtigt ist, seinen etwaigen Schaden an der zu zahlenden Fracht abzuziehen und daher bei Annahme des Gutes und Frachtbriefes nur die um den Schadensersatzbetrag geminderte Fracht zu zahlen braucht. Damit aber der Empfänger in der Lage ist, festzustellen, ob ihm wegen einer Beschädigung oder Minderung des Gutes ein Schadensersatzanspruch zusteht, ist der Frachtführer verpflichtet, ihm vor Abnahme des Gutes dessen Besichtigung, erforderlichenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, auch nichtamtlicher, zu gestatten (D. 281; Hertzer, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. 03, 881; Frank, ZHR. 57, 156; a. M. Reindl, Ztg. d. Ver. d. EisVerw. 03, 1424). Die Verpflichtung zur Gestattung der Besichtigung ist eine vom Frachtführer durch den Frachtvertrag zugunsten des Empfängers übernommene Verpflichtung. Verweigert der Frachtführer die Besichtigung, so kann der Empfänger die ohne Besichtigung erfolgte Ablieferung als nicht ordnungsmäßige Erfüllung ablehnen, so daß der Frachtführer in Leistungsverzug gerät. Natürlich muß aber die Besichtigung in einer Weise vorgenommen werden, daß der Betrieb des Frachtführers, insbesondere der Eisenbahnbetrieb, keine Störung erleidet. Zieht der Empfänger seinen Schaden nicht sofort ab, sondern zahlt er freiwillig die volle Fracht, so greift der vorliegende Paragraph Platz. Nach diesem genügt es übrigens auch (vgl. Abs. 2), daß die Beschädigung oder Minderung des Gutes vor der Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt wird, um die weitgehende Rechtswirkung des Abs. 1 zu beseitigen (vgl. unten Anm. 12). § 438.

c) **Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht und Nebenkosten haben die Rechtswirkung nur, wenn sie dem Empfänger zuzurechnende, freie und bewußte Rechtsakte sind.** Dazu gehört zunächst, daß das Gut von ihm selbst oder von einem Bevollmächtigten desselben angenommen und die Fracht ebenso bezahlt ist. Es genügt nicht, daß irgendeiner seiner „Leute" dies bewirkt (vgl. § 436 Anm. 4). Dazu gehört ferner, daß kein **Irrtum** auf seiner Seite vorliegt (ROHG. 8, 195), kein Betrug und endlich kein Zwang (Schott bei Endemann III 368). Einseitige Vorbehalte oder Verwahrungen beseitigen aber die Geltung des vorliegenden Paragraphen nicht (ROHG. 1, 182; Burchard 205). Vgl. unten Anm. 7. Wohl aber genügt die Feststellung des Zustandes durch amtlich bestellte Sachverständige (s. unten Anm. 12). Anm. 4.

d) **Die Begriffe: Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht. Unter Annahme des Gutes** ist die Übernahme nach beendetem Transport zu verstehen. (Vgl. hierüber § 436 Anm. 3; auch Bolze 14 Nr. 403.) Bei Zurückweisung des beschädigten Teils der Sendung liegt niemals Annahme der ganzen Sendung vor (vgl. OLG. Hamburg ZHR. 38, 240). Die Vorschrift des Abs. 1 findet ferner nicht Anwendung, wenn infolge Aufhebung des Frachtvertrages das Frachtgut vom Absender zurückgenommen wird (RG. 22, 145). Unter der **Fracht** ist nur das Frachtgeld zu verstehen, das sich der Frachtführer vom Absender ausbedungen hat (RG. v. 25. 4. 82 bei Puchelt Anm. 6), so daß das Erfordernis nicht vorliegt, wenn der Frachtführer dem Empfänger einen Frachtbrief mit anderem Inhalt übergeben hat, als er vom Absender erhalten hat (RG. 1, 3). Auch muß, damit das Erfordernis dieses Paragraphen vorhanden ist, **das volle Frachtgeld gezahlt sein**, nicht nur ein Teil (sog. Akonto-Zahlung, RG. 25, 32; vgl. Bolze 11 Nr. 364), und es muß gerade die vorliegende Frachtforderung getilgt sein; eine solche Zahlung liegt nicht vor, wenn der Empfänger mit dem Frachtführer in einem laufenden Rechnungsverhältnisse steht, in dem jede einzelne Zahlung auf eine Reihe von Ansprüchen vorbehaltlich endgültiger Abrechnung erfolgt. (RG. v. 15. 1. 90 bei Burchard 205). Zur Fracht in diesem Sinne gehören nach richtiger Ansicht alle aus dem Frachtverhältnis überhaupt sich ergebenden Forderungen des Frachtführers, also **auch Spesen und Auslagen** (Eger 2, 555). Zum Überfluß spricht der Abs. 1 jetzt nicht bloß von der Fracht, sondern auch von den sonstigen auf dem Gute haftenden Forderungen. **Der Zahlung gleich gilt nicht ein Zahlungsversprechen** oder Kreditierung der Fracht (RG. 25, 32), **wohl aber genügt Novation und Aufrechnung** (RG. ebenda); auch **Hergabe eines Wechsels**, wenn auch nur zahlungshalber, Anm. 5.

Digitized by Google

§ 438. genügt unserer Ansicht nach, denn hierin liegt nach der Anschauung des Verkehrs und dem Sprachgebrauche der Gesetze eine Bezahlung; nicht aber genügt bloße Ausstellung eines Schuldscheins. Wenn das RG. a. a. O. weiter hervorhebt, daß beim Hinzutreten anderer Umstände auch im Zahlungsversprechen eine Billigung des Transports erblickt werden kann, so trifft dies allerdings zu; es liegt dann jedoch nicht ein Fall des vorliegenden Paragraphen vor, so daß z. B. die Genehmigungshandlung nur den Genehmigenden selbst bindet, nicht auch den Rechten des Absenders Abbruch tut.

Anm. 6. e) Nur beide Akte zusammen erzeugen die Rechtswirkung, nicht Annahme des Gutes allein, weshalb bei Frankosendungen der Paragraph nicht Platz greift (ROHG. 13, 415; RG. 25, 32; anders Reindl EisenbE. 19, 363); auch dann nicht, wenn der Empfänger noch einzelne Spesen außer der vom Absender bezahlten Fracht an den Frachtführer bezahlt hat (ROHG. bei Puchelt Anm. 6). Andererseits genügt auch Zahlung der Fracht allein nicht (ROHG. 14, 295; 15, 143; Bolze 14 Nr. 403). Doch brauchen nicht beide Akte gleichzeitig getätigt zu werden, und es ist auch gleichgültig, in welcher Reihenfolge sie vorgenommen werden (OLG. Marienwerder SeuffA. 48, 437).

Anm. 7. 2. **Es erlischt der Anspruch.** Es wird nicht etwa bis zum Beweise des Gegenteils vermutet, daß der Transport genehmigt sei, sondern er gilt von Gesetzes wegen als genehmigt (RG. 25, 32). Das Erlöschen wird daher nicht aufgehalten durch einen einseitigen Vorbehalt des Empfängers (ROHG. 1, 181), wohl aber durch einen vertragsmäßigen Vorbehalt (ROHG. 15, 34; OLG. Hamburg ZHR. 38, 239), als der auch der einseitig gemachte und andererseits genehmigte, z. B. in der Quittung bescheinigte Vorbehalt zu betrachten ist. Indessen liegt nicht schon in der bloßen Nichtzurückweisung eines vom Empfänger gemachten Vorbehaltes eine Genehmigung (Eger 2, 544; anders OLG. Karlsruhe DJZ. 04, 512).

Anm. 8. Das Erlöschen beseitigt den Anspruch überhaupt, auch einredeweises Vorbringen ist alsdann unstatthaft, aber diese Wirkung ist verzichtbar und daher nicht von Amts wegen zu berücksichtigen (Eger 2, 563; Schott bei Endemann III, 370; RG. 1, 3).

Anm. 9. 3. **Jeder Anspruch aus dem Frachtvertrage gegen den Frachtführer** erlischt.

a) Gegen den **Frachtführer**, nicht auch gegen den Spediteur (ROHG. 8, 195; 24, 289).

Anm. 10. b) **Gegen** den Frachtführer, also nicht des Frachtführers. Dieser kann also dartun, daß er weniger Lohn empfangen habe, als der Frachtbrief angibt, und kann demgemäß nachfordern.

Anm. 11. c) **Jeder Anspruch** aus dem Frachtvertrage. Es sind also hier die Ansprüche getroffen, die sich aus der mangelhaften Erfüllung der durch Eingehung des Frachtvertrages übernommenen Verpflichtungen ergeben, also z. B. nicht Ansprüche aus unerlaubter Handlung oder wegen Rückforderung irrtümlich zu viel gezahlter Fracht (ROHG. 15, 33; RG. 6, 104), nicht Ansprüche aus einem dem Frachtvertrage vorangehenden oder nachfolgenden Verwahrungsvertrage (ROHG. 24, 305; Eger 2, 560). Innerhalb jenes Kreises aber ist jeder Anspruch getroffen, es mag sich um positiven Schaden handeln oder um Vertragsstrafen wegen falscher Deklarierung, um Strafen wegen körperlicher Beschädigung oder wegen verspäteter Ablieferung oder wegen ungeschickter Dirigierung des Gutes (ROHG. 15, 28) oder um Nachforderung unrichtig berechneter Fracht (ROHG. 21, 181) oder nicht erhobener Zollauslagen (RG. bei Gruch. 25, 1091). Es mag sich ferner um einen Anspruch des Empfängers oder um einen des Absenders handeln (der Empfänger befreit also durch sein Verhalten den Frachtführer auch gegenüber dem Absender; wie der Empfänger diesem verantwortlich ist, darüber vgl. unten Anm. 17). Auch das ist gleichgültig, ob die Ansprüche des Absenders aus dem Frachtbrief ersichtlich sind oder nicht (Lehmann-Ring § 438 Nr. 8; Düringer-Hachenburg III 606[2a]; Makower § 438 IIb). Bei Vorsatz oder grobem Versehen aber kann sich der Frachtführer auf die Vergünstigung des Paragraphen nicht berufen.

Anm. 12. III. **Von dieser Regel gibt es zwei weitreichende Ausnahmen.**

1. (Abs. 2). Die Ansprüche erlöschen trotz Bezahlung der Fracht und Annahme des Gutes nicht, wenn die Beschädigung oder Minderung vor der Annahme durch

Digitized by Google

amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist. Diese Ausnahme geht sehr weit. § 438.
Ihrem Wortlaut nach bezieht sich aber die Vorschrift nur auf die Fälle von Quantitäts- oder Qualitätsfehlern (über diese Begriffe, insbesondere über die Minderung im Gegensatz zum Totalverlust s. unten Anm. 13), nicht auch auf den Fall verspäteter Ablieferung. Und es ist auch keine Möglichkeit vorhanden, die Beschädigung und Minderung des Gutes auf den Fall des Verspätungsschadens auszudehnen. Entsprechende Anwendung aber ist ausgeschlossen, weil eine Ausnahmevorschrift vorliegt (so auch Cosack § 89 V 1c; Makower § 438 III c). Die amtlich bestellten Sachverständigen brauchen nicht besonders bestellt zu sein, es können auch ein für allemal bestellte Sachverständige sein (D. 262). Natürlich genügt trotz der gebrauchten Mehrzahl die Zuziehung eines Sachverständigen. Ist der zugezogene Sachverständige nicht amtlich bestellt, so greift die Ausnahmevorschrift nicht Platz. (Über die Eigenschaft eines amtlich bestellten Sachverständigen vgl. Riesenfeld, Anstellung von Handelssachverständigen 1901, S. 36, 68—84).

2. (Abs. 3). Die Ansprüche gegen den Frachtführer erlöschen trotz Bezahlung der Anm. 13.
Fracht und Nebenkosten und trotz Annahme des Gutes dann nicht, wenn sich nach Annahme des Gutes äußerlich nicht erkennbare Quantitäts- oder Qualitätsmängel herausgestellt haben und der Adressat gewisse Feststellungen trifft.

a) Auch diese Ausnahmevorschrift bezieht sich nur auf den Fall der Minderung oder der Beschädigung. Also z. B. nicht auf den Fall verspäteter Ablieferung, obwohl auch hier ein späteres Bemerken denkbar ist, natürlich auch nicht auf den Totalverlust; denn beim Totalverlust ist die Voraussetzung der Annahme des Gutes begrifflich nicht möglich (ROHG. 15, 143). Als Totalverlust ist es zu betrachten, wenn von mehreren Kolli, welche selbständige Güter darstellen, eines fehlt, da hier der Empfänger nur zur teilweisen Bezahlung der Fracht verpflichtet ist (vgl. § 436 Anm. 7). Bei freiwilliger Zahlung der vollen Fracht treten daher in diesem Falle die Folgen des Abs. 1 ein (ROHG. 15, 141). Dagegen gilt Abs. 1 nicht, wenn irrtümlich für ein anderes Gut gezahlt wird (ROHG. ebenda; vgl. oben Anm. 4; anders fr. Kassationshof in EisenbE. 21, 512). „Äußerlich nicht erkennbar" sind die Mängel, die im ordnungsmäßigen Geschäftsgange bei äußerlicher Prüfung (durch Auge, Gefühl, Geruch usw.) nicht wahrgenommen werden können (Schott 330), vornehmlich also alle inneren Schäden und Mängel des Inhalts, bloße Gewichtsdefekte, innerer Verderb, Bruch usw.

b) Erste Voraussetzung dieser Ausnahme ist, daß nach der Entdeckung des Schadens die Fest- Anm. 14.
stellung desselben durch amtlich bestellte Sachverständige beantragt wird. Der Antrag muß unverzüglich nach der Entdeckung und dann binnen gewisser im Abs. 3 angegebener Fristen erfolgen. Er erfolgt außergerichtlich bei dem Sachverständigen, aber natürlich kann auch der Weg des § 164 FGG. beschritten werden (vgl. hierzu Gaupp-Stein § 488 II b). Die Zuziehung eines Sachverständigen genügt. Über den Begriff „amtlich bestellter Sachverständiger" s. oben Anm. 12.

c) Zweite Voraussetzung der Ausnahme ist der Beweis, daß der Schaden zwischen der Übergabe an den Frachtführer und der Auslieferung durch ihn entstanden ist.

d) Beim Eisenbahntransport tritt noch eine dritte Voraussetzung hinzu: schriftliche Anmeldung des Anspruchs (§ 464 HGB.; § 90 VerkO.).

IV. (Abs. 5.) **Die Vergünstigung des vorliegenden Paragraphen fällt fort, wenn der Fracht-** Anm. 15.
führer den Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. Der Beweis ist von dem anderen Teil zu führen. Es braucht natürlich kein eigener Vorsatz und keine eigene grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers vorzuliegen, sondern es genügt der Vorsatz und die grobe Fahrlässigkeit, die der Frachtführer überhaupt zu vertreten hat (vgl. § 431 Anm. 1).

V. **Die Kosten der amtlichen Feststellung** sind von dem Frachtführer zu tragen, wenn er über- Anm. 16.
haupt schadensersatzpflichtig ist (Abs. 4).

Zusatz. Nur das Verhältnis der Beteiligten zum Frachtführer ist hier geregelt. Die Anm. 17.
Frage, inwieweit dem Empfänger im Verhältnis zum Absender die Pflicht obliegt, für die Feststellung und Anzeige etwaiger Mängel der Ware zu sorgen, und welche Folgen die

Digitized by Google

§ 438. Verletzung solcher Pflicht und die anstandslose Annahme des Gutes und die Bezahlung der Fracht hat, beantwortet sich nach dem Rechtsverhältnis zwischen dem Absender und dem Empfänger. Insbesondere kann der Empfänger dann, wenn er durch solches pflichtwidriges Verhalten dem Absender das Rückgriffsrecht gegen den Frachtführer entzieht, nicht selbst den Absender haftbar machen (ROHG. 6, 108).

§ 439.

§ 439. **Auf die Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes finden die Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung. Dies gilt nicht für die im § 432 Abs. 3 bezeichneten Ansprüche.**

Lit.: Eger in SächsA. 13, 129ff.; Senkpiehl in Sped.- u. SchiffZtg. 03, Nr. 51, 52.

Die Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer.

Anm. 1. 1. Auf diese Verjährung findet der § 414 Anwendung, also die gleichen Regeln, wie für die Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur. Gemäß § 414 Abs. 4 tritt die kurze einjährige Verjährung nicht ein, wenn der Frachtführer den Verlust, die Minderung, Beschädigung oder verspätete Ablieferung vorsätzlich herbeigeführt hat. Dasselbe gilt aber auch wenn einer der Leute oder Beförderungsgehilfen des Frachtführers, für die er nach § 431 einzustehen hat, vorsätzlich den Schaden verursacht hat.

Anm. 2. 2. Auch hier ist zu betonen, daß es sich nur um die Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer handelt und zwar aus dem Frachtvertrag und aus den in Vollzug des Frachtvertrags vorgenommenen Handlungen des Frachtführers z. B. einer Umladung (JW. 97, 635[22]). Vgl. im übrigen § 414. Die Verjährung der Ansprüche der Frachtführer richtet sich nach § 196 Nr. 3 BGB. und zwar auch dann, wenn der Absender Gewerbetreibender ist (vgl. JW. 07, 57; a. M. Rosenmayer in DJZ. 05, 598). Der zweijährigen Verjährung des § 196 Nr. 3 BGB. unterliegen alle Ansprüche des Frachtführers (auch großer Transportanstalten) wegen der Fracht, nicht nur die Ansprüche auf Fracht. Das Gesetz hebt also nicht auf die Art des Anspruchs, sondern auf dessen Entstehung aus dem Frachtvertrag ab. Die Abänderung des § 118 Ziff. 5 des alten BinnenSchG. beweist nach dessen Vorgeschichte (vgl. D. z. HGB. stenogr. Reichstagsberichte 95/97, 6. Anlageband S. 3284) nichts für eine gegenteilige Auffassung. Unter § 196 Nr. 3 BGB. fallen daher allerdings nicht die Ansprüche des Frachtführers wegen Beschädigung der Transportmittel durch den Absender, wohl aber die Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Frachtvertrags seitens des Absenders einschließlich der Ansprüche wegen entgangenen Gewinns (z. B. Fehlfracht = Fautfracht) und etwa notwendigerweise zu führender Vorprozesse (vgl. Joseph in Gruch. 42, 2ff.; RG. 61, 391; die Entscheidungen entgegengesetzten Sinnes JW. 92, 167[36]; Gruch. 36, 998 betreffen altes Recht). Die Verjährung der Ansprüche des Frachtführers gegen den Empfänger beginnt mit Schluß des Jahres, in dem die Annahme des Gutes und des Frachtbriefs erfolgt ist, denn erst damit entsteht der Anspruch des Frachtführers auf Zahlung der Fracht gegen den Empfänger (§ 436 HGB., §§ 198, 201 BGB.). Die Verjährung des Anspruchs gegen den Absender beginnt mit Schluß des Jahres, in dem das Gut am Bestimmungsort eingetroffen ist. Denn der Frachtführer kann auch von dem Absender erst dann die Fracht verlangen, wenn er die Beförderung ausgeführt hat (§ 641 BGB.). Zur Ablieferung ist er aber nur Zug um Zug gegen Zahlung der Fracht verpflichtet; der Umstand, daß er noch nicht abgeliefert hat, ist daher unerheblich (vgl. auch § 202 Abs. 2 BGB.). Dies gilt auch für die Fälle, in denen nach § 61 Abs. 2 VerkO. die Eisenbahn Vorausbezahlung der Fracht zu verlangen berechtigt ist. Macht die Eisenbahn von der ihr gegebenen Befugnis keinen Gebrauch, so tritt wieder die Regel ein. Für den Anspruch des Frachtführers gegen den Absender wegen Nichterfüllung jedoch ist der Abschluß des Frachtvertrages entscheidend; denn hier kann von einer Vorleistungspflicht des Frachtführers nicht die Rede sein. Die Verjährung beginnt also hier mit Schluß des Jahres, in dem der Frachtvertrag abgeschlossen worden ist.

Digitized by Google

3. Der Vorsorge wegen nimmt das Gesetz von der Verjährung des vorliegenden Paragraphen Ansprüche aus § 432 Abs. 3 aus, d. h. die Rückgriffsansprüche der mehreren Frachtführer unter sich bei der Gesamthaftung auf Grund eines durchgehenden Frachtbriefes (vgl. OLG. Karlsruhe DJZ. 04, 512). § 439. Anm. 3.

4. Dagegen fallen natürlich unter die Verjährung des vorliegenden Paragraphen die Ansprüche des Empfängers gegen den Frachtführer. Z. B. aus § 437 Abs. 3 und § 435. Anm. 4.

§ 440.

Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere der Fracht- und Liegegelder, der Zollgelder und anderer Auslagen, sowie wegen der auf das Gut geleisteten Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute. § 440.

Das Pfandrecht besteht, solange der Frachtführer das Gut noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Auch nach der Ablieferung dauert das Pfandrecht fort, sofern der Frachtführer es binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht und das Gut noch im Besitze des Empfängers ist.

Die im § 1234 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichnete Androhung des Pfandverkaufs sowie die in den §§ 1237, 1241 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Benachrichtigungen sind an den Empfänger zu richten. Ist dieser nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme des Gutes, so hat die Androhung und Benachrichtigung gegenüber dem Absender zu erfolgen.

Lit.: Sped.- u. Schiffztg. 06, 143.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph gibt dem Frachtführer ein gesetzliches Pfandrecht und regelt dieses in folgender Weise: Abs. 1, 2 und 3 behandeln die Voraussetzungen, den Gegenstand und die Dauer des Pfandrechts, Abs. 4 gibt einige besondere Vorschriften über die Verwirklichung des Pfandrechts.

Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Voraussetzungen des Pfandrechts:**

a) Das Bestehen von Ansprüchen der im Abs. 1 gedachten Art. Vor allem gehören dazu alle durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen. Darunter sind nur die durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen gemeint, andererseits nicht bloß die, die aus dem Frachtbriefe hervorgehen, sondern auch die, die dem Frachtführer darüber hinaus an den Absender und Empfänger zustehen, z. B. infolge eines Verschuldens des Absenders oder infolge eines Verschuldens des Empfängers nach Eintritt in den Frachtvertrag. Insbesondere werden Fracht- und Liegegelder aufgezählt, die Zollgelder und andere auf das Gut gemachte Auslagen und Vorschüsse. Zu den letzteren gehören insbesondere im Gegensatz zu den Auslagen die sogenannten Wertvorschüsse. Die Nachnahme gehört stets zu den durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen, wenn der Frachtführer sie an den Vormann verauslagt hat (ROHG. 15, 200); er braucht dann ihre Richtigkeit nicht zu prüfen und zu beweisen (ROHG. 20, 190; 24, 288). Denn insoweit die Nachnahme vom Vormann zu Unrecht erhoben worden ist, ist sie im Verhältnis des Nachmanns zum Vormann als ein von ersterem gezahlter Vorschuß oder als Auslage anzusehen. Der Nachmann erwirbt daher in diesem Falle für dieselbe ein eigenes Pfandrecht (vgl. § 411 Anm. 2). Die von ihm nicht bezahlten Nachnahmen hat er vom Empfänger einzuziehen und das für sie bestehende Pfandrecht der Vormänner auszuüben (§ 441).

Digitized by Google

§ 440. Die Kosten des Pfandverkaufs gehören zu den durch das Pfandrecht gesicherten
Anm. 2. Forderungen (vgl. §§ 1210 Abs. 2, 1257 BGB.).

Wie hieraus ersichtlich ist, haftet also das Gut nur für solche Forderungen, die in bezug auf das Gut selbst entstanden sind. Es ist also ein rechtlicher Zusammenhang vorausgesetzt. Wegen nicht zusammenhängender Forderungen kann vielleicht das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden (s. unten Anm. 13).

Anm. 3. b) *Keine Voraussetzung des Pfandrechts ist, daß das Frachtgut im Eigentum des Absenders steht.* Denn § 366 Abs. 3 findet hier Anwendung. Hiernach steht das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vertragsmäßig bestellten Pfandrechte gleich. Der Frachtführer erwirbt also ein gesetzliches Pfandrecht auch dann, wenn sein Vertragsgegner kein Kaufmann ist (vgl. § 366 Anm. 60; OLG. Kiel OLGR. 6, 97). Der gute Glaube besteht hier darin, daß der Frachtführer anzunehmen berechtigt war, der Absender sei zum Abschlusse des Frachtvertrages berechtigt (vgl. § 410 Anm. 8). Der gute Glaube muß bei Empfangnahme des Guts zum Transport vorhanden sein. Späterer Wegfall des guten Glaubens schadet nichts (OLG. Kiel OLGR. 6, 97).

Anm. 4. 2. (Abs. 1.) **Gegenstand des Pfandrechts** ist das Frachtgut das nicht notwendig im Eigentum des Absenders zu stehen braucht; s. Anm. 13), doch nur, soweit es einen selbständigen Vermögenswert darstellt, und daher Gegenstand eines Pfandrechts sein kann, was z. B. bei Zinscoupons, nicht aber bei Legitimationspapieren und Beweisurkunden, in denen sich das Forderungsrecht nicht verkörpert, der Fall ist. Zu den letzteren gehören z. B. Talons, Hypothekenurkunden, Lebensversicherungspolicen (vgl. § 369 Anm. 15). Das Pfandrecht ergreift das ganze Frachtgut, nicht nur die zur Sicherung erforderlichen Sachen (OLG. Dresden SächsA. 13, 577).

Anm. 5. 3. (Abs. 2 und 3.) **Dauer des Pfandrechts.** Es beginnt mit der Übernahme des Besitzes zum Zwecke des Transports, nicht erst mit dem Antritt der Reise. Es dauert, solange der Frachtführer das Gut in seinem Besitz hat. Das Pfandrecht dauert aber in schroffem Gegensatz zu sonstigen pfandrechtlichen Anschauungen auch nach der Ablieferung des Gutes fort, nämlich drei Tage lang, wenn das Gut sich bis dahin noch im Besitze des Empfängers befindet, und wenn ferner das Pfandrecht innerhalb dieser Frist gerichtlich geltend gemacht wird. Über dieses dreitägige Folgerecht ist folgendes zu bemerken:

Anm. 6. a) *Im Besitze des Empfängers* muß sich die Sache befinden. Hört dieser Zustand innerhalb der drei Tage auf, so erlischt das Pfandrecht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der dritte Besitzerwerber das Pfandrecht kannte oder nicht, da es sich bloß um Vereitelung einer der Bedingungen des Bestehens des Frachtführerpfandes handelt (Schott bei Endemann III 385; Cosack § 91 II 1; a. M. Düringer-Hachenburg § 440 Note III 2c). Zum Besitz des Empfängers genügt auch mittelbarer Besitz im Sinne des § 868 BGB. Es genügt also, wenn sich die Sache im Besitze eines Dritten befindet, der sie als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er dem Empfänger gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Es genügt natürlich auch, daß der Empfänger durch Konnossement, Ladeschein oder Lagerschein über das Gut zu verfügen in der Lage ist. Die gerichtliche Pfändung entzieht dem Schuldner den Besitz nicht, selbst wenn die Sache vom Gerichtsvollzieher weggenommen wird. Denn wenn auch der Gerichtsvollzieher nicht für den Schuldner, sondern für den Gläubiger besitzt, so besitzt doch der Gläubiger zugleich für den Schuldner (§ 870 BGB.; vgl. Planck § 868, 2bα).

Anm. 7. b) *Gerichtlich geltend gemacht muß das Pfandrecht werden.* An sich braucht das Pfandrecht sonst nach dem jetzigen Recht nicht gerichtlich geltend gemacht zu werden (vgl. unten Anm. 12). Aber im vorliegenden Falle muß eine gerichtliche Geltendmachung erfolgen, um das Pfandrecht zu erhalten. Es genügt, wenn innerhalb der drei Tage die Klage auf Herausgabe des Pfandobjekts (nicht nur die Klage auf Zahlung der Fracht, da ein auf Verwirklichung des Pfandrechts gerichteter Akt vorliegen muß) zugestellt wird, oder wenn innerhalb

Digitized by Google

dieser Zeit ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum Zwecke des Pfand- § 440.
verkaufs oder zum Zwecke der Hinterlegung des Erlöses im Falle der von anderer Seite betriebenen Versteigerung beim zuständigen Gericht gestellt, d. h. eingereicht wird (KG. in KGBl. 12, 30; a. M. Markus im Recht 04, 132; abweichend ferner Düringer-Hachenburg § 440 Note III 2b; Goldmann § 440 Anm. 7; Makower § 440 Ib 2γ, die auch bei der Klage die Einreichung bei Gericht für genügend ansehen). Der gerichtlichen Geltendmachung bedarf es nicht, wenn der Empfänger den Frachtführer freiwillig wieder in den Besitz des Gutes setzt (OLG. Marienwerder PosMSchr. 05, 151).

c) Die drei Tage berechnen sich nach § 187 BGB.: der Tag der Ablieferung zählt nicht mit Anm. 8.
(KG. in KGBl. 12, 30). Ist der letzte Tag der Frist ein Sonntag oder Feiertag, so erfolgt die Geltendmachung rechtzeitig am nächstfolgenden Werktage (§ 193 BGB.). Dauert die Ablieferung mehrere Tage, so entscheidet die Beendigung derselben für den Beginn der Frist (KG. in KGJ. 14, 8 und in KGBl. 12, 30).

4. (Abs. 4.) **Die Wirkung des Pfandrechts.** Hierüber gibt der vorliegende Paragraph im Abs. 4 Anm. 9.
nur einige besondere Vorschriften. Es ist aber im allgemeinen folgendes zu sagen:

a) Die Wirkung des Pfandrechts und dessen Inhalt gegenüber dem Schuldner.
Die Wirkung ist die gleiche, wie beim vertragsmäßig bestellten Pfandrechte (§ 1257 BGB.). Vgl. daher § 368 Anm. 32ff.

b) Die Wirkung des Pfandrechts gegenüber den Gläubigern und im Konkurse. Anm. 10
Vgl. hierüber § 368 Anm. 79ff. Die dort erörterten Gesichtspunkte treffen auch hier zu.

c) Verhältnis des Pfandrechts zu dem Rechte des Gläubigers, die gesicherte Anm. 11.
Forderung durch Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners geltend zu machen. Hierüber s. § 368 Anm. 86. Die dort erörterten Gesichtspunkte gelten auch hier.

d) Der Pfandverkauf. Derselbe folgt den allgemeinen Vorschriften über den Pfandverkauf Anm. 12.
(vgl. daher § 368 Anm. 41ff.). Dazu gibt aber unser Abs. 4 einige Sondervorschriften, die darauf hinauslaufen, daß gewisse Benachrichtigungen und Androhungen an den Empfänger (obwohl dieser doch nicht der Pfandschuldner ist) und nur wenn dieser nicht zu ermitteln ist oder die Annahme verweigert, an den Absender zu richten sind. Es sind dies die Androhung des § 1234 Abs. 1 (vgl. § 368 Anm. 45), die Benachrichtigung des § 1237 BGB. (vgl. § 368 Anm. 53) und die Benachrichtigung des § 1241 BGB. (vgl. § 368 Anm. 58).

Dazu ist aber ferner als Besonderheit zu erwähnen, daß die sonst einmonatliche Wartefrist nach der Androhung des Verkaufs gemäß § 368 Abs. 2 HGB. hier nur eine Woche beträgt (vgl. § 368 Anm. 93).

Zusatz 1. Außer dem Pfandrecht steht dem Frachtführer auch noch das Zurückbehaltungs- Anm. 13.
recht des § 273 BGB. und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach § 369 zu, wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

Zusatz 2. Das dreitägige Folgerecht des § 440 Abs. 3 gilt nach Art. 21 des Berner Ver- Anm. 14.
trages nicht im internationalen Frachtverkehr, so daß die Eisenbahn bei ausländischen Transporten hinsichtlich des Pfandrechts schlechter gestellt ist, als bei inländischen (vgl. Eger Art. 21 BernFrachtÜb. Anm. 126).

§ 441.

Der letzte Frachtführer hat, falls nicht im Frachtbrief ein Anderes bestimmt § 441.
ist, bei der Ablieferung auch die Forderungen der Vormänner sowie die auf dem Gute haftenden Nachnahmen einzuziehen und die Rechte der Vormänner, insbesondere auch das Pfandrecht, auszuüben. Das Pfandrecht der Vormänner besteht so lange als das Pfandrecht des letzten Frachtführers.

Wird der vorhergehende Frachtführer von dem nachfolgenden befriedigt, so gehen seine Forderung und sein Pfandrecht auf den letzteren über.

Digitized by Google

§ 441. **In gleicher Art gehen die Forderung und das Pfandrecht des Spediteurs auf den nachfolgenden Spediteur und den nachfolgenden Frachtführer über.**

Lit.: wie zu § 425.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Gestaltung der Rechte des Spediteurs und des Frachtführers für den Fall, daß das Gut durch die Hände mehrerer Spediteure und Frachtführer geht.** Ob der Frachtbrief ein durchgehender ist oder nicht, ist für diesen Paragraphen gleichgültig (Schott bei Endemann III gegen Hahn Art. 410 § 3); auch das ist nach der jetzigen Fassung des Paragraphen gleichgültig, ob ein Frachtbrief überhaupt ausgestellt ist. (Vgl. hierüber Pappenheim, Das Transportgeschäft nach dem Entwurf eines HGB. 1896).

Anm. 1. 1. **Abs. 1 behandelt den Fall, daß das Gut durch die Hände mehrerer Frachtführer oder Spediteure geht und der spätere den früheren nicht befriedigt.** In diesem Falle hat der spätere Frachtführer das Recht und die Pflicht der Geltendmachung der Rechte der Vormänner, und das Pfandrecht der Vormänner bleibt so lange bestehen, wie das Pfandrecht des letzten Frachtführers.

a) Das Recht und die Pflicht des letzten Frachtführers zur Geltendmachung der Rechte der Vormänner.

α) Er hat das Recht und die Pflicht, d. h. dem Empfänger gegenüber das Recht (die gesetzliche Vollmacht), und den Vormännern gegenüber die Pflicht, deren Verletzung ihn zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. § 347 Anm. 11). Doch besteht die Pflicht nicht, soweit sie dem eigenen Interesse widerstrebt. Er braucht daher die Rechte seiner Vormänner nur durch Nichtablieferung und Hinterlegung zu wahren, oder durch Geltendmachung der Rechte der Vormänner neben den seinigen („auch") bei der Ablieferung, braucht aber nicht zu verklagen, wenn dies seinen Interessen zuwiderläuft (Schott 448). Das Recht und die Pflicht fallen fort, wenn der Frachtbrief ein anderes bestimmt, selbstverständlich auch dann, wenn in anderer Weise etwas Gegenteiliges vereinbart oder bestimmt ist.

Anm. 2. β) Zur Geltendmachung der Rechte, und zwar aller Forderungen aus dem Frachtvertrage, sie mögen aus dem Frachtbriefe ersichtlich sein oder nicht, sofern sie ihm nur bekannt geworden sind, und aller Rechte, insbesondere des Pfandrechts, aber auch des Zurückbehaltungsrechts, sofern dies noch besteht. Die Art der Geltendmachung bestimmt sich nur nach der Person des Berechtigten. Der letzte Frachtführer macht das Recht des Vormannes kraft gesetzlicher Vollmacht geltend, und ebenso kann er die Forderung des Vormannes einklagen. Soll ein Rechtsvertreter bestellt werden, so ist er kraft seiner gesetzlichen Vollmacht zu dieser Bestellung berechtigt. Er ist geeignetenfalls auch verpflichtet, zu klagen. Doch ist an die Verletzung dieser Verpflichtung kein besonderer Rechtsnachteil geknüpft, da er seines Rückgriffsrechtes nur verlustig geht, wenn er das nicht tut, was § 442 vorsieht.

Anm. 3. γ) Dieses Recht und diese Pflicht hat der letzte Frachtführer nach dem gegen früher veränderten Wortlaut des Gesetzes nicht nur gegenüber den vorangehenden Frachtführern, sondern auch gegenüber den vorangehenden Spediteuren (D. 264).

Anm. 4. b) Das Pfandrecht der Vormänner besteht solange, als das Pfandrecht des letzten Frachtführers. Es geht also weder dadurch unter, daß das Gut in den Besitz eines nachfolgenden Frachtführers oder Spediteurs gelangt (der Vormann behält eben mittelbaren Besitz), noch auch dadurch, daß es abgeliefert wird, sondern es dauert noch 3 Tage nach der Ablieferung fort, wie das Pfandrecht des letzten Frachtführers. Auf diese Weise bezieht sich, da unter den Vormännern auch der Spediteur zu verstehen ist (oben Anm. 3), das dreitägige Folgerecht des § 440 unter Umständen auch auf das Pfandrecht eines Spediteurs.

Anm. 5. 2. **Abs. 2 und 3 bestimmen für den Fall der Befriedigung des Vormannes einen Übergang der Rechte des vorangehenden Frachtführers auf den nachfolgenden und ebenso der Rechte des Spediteurs auf den nachfolgenden Spediteur oder Frachtführer.** Nach dem Wortlaut des Gesetzes, der mit dem Willen der Gesetzesredaktoren übereinstimmt, liegt ein gesetzlicher

Digitized by Google

Forderungsübergang vor, so daß der letzte Frachtführer oder Spediteur die Rechte der Vormänner geltend macht als seine eigenen, doch als solche, die nicht in seiner Person entstanden sind. Die rechtliche Kraft, der Rang und die Art der Geltendmachung der Befugnisse beurteilt sich daher aus dem Rechte dessen, in dessen Person es entstanden ist, nicht aus der Person des letzten Frachtführers oder Spediteurs (vgl. § 411 Anm. 2; Schott 449). Zu beachten ist aber dabei, daß der letzte Frachtführer wegen seiner Auslagen, insbesondere der Nachnahme, meist auch ein eigenes Pfandrecht haben wird (vgl. § 440 Anm. 1). § 441.

Hervorgehoben mag noch werden, daß sich auch die Absätze 2 und 3 nicht auf die aus dem Frachtbrief hervorgehenden Forderungen beschränken, sich vielmehr auf alle aus dem Frachtvertrag hervorgehenden Forderungen und alle Rechte der Vormänner (auch der Spediteure) auf Grund des Frachtvertrages beziehen (D. 264). Anm. 6.

Zusatz. Von den Forderungen und dem Pfandrechte des Kommissionärs handelt der vorliegende Paragraph nicht. Der Kommissionär kann sich aber decken, indem er von dem Frachtführer oder Spediteur Nachnahme erhebt, und wegen dieser haben dann der Frachtführer und Spediteur ein unter § 441 fallendes Pfandrecht an dem Frachtgute. Anm. 7.

Der Absender und **der Versender** als solche haben das Pfandrecht nicht.

§ 442.

Der Frachtführer, welcher das Gut ohne Bezahlung abliefert und das Pfandrecht nicht binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht, ist den Vormännern verantwortlich. Er wird, ebenso wie die vorhergehenden Frachtführer und Spediteure, des Rückgriffs gegen die Vormänner verlustig. Der Anspruch gegen den Empfänger bleibt in Kraft. § 442.

Lit.: wie zu § 425.

Verlust des Rückgriffsrechts bei Auslieferung des Guts ohne Bezahlung und ohne Wahrung des Pfandrechts.

I. **Der Inhalt der Vorschrift im allgemeinen.** Es gilt als ein naturale des Frachtvertrages, daß der Frachtführer das Gut nicht aushändigt ohne Bezahlung oder ohne wenigstens das Pfandrecht zu wahren. Tut er es dennoch, so geht er seines Rückgriffsrechts gegen seine Vormänner verlustig, denn er hat den Verlust dann verschuldet. Wird der Transport durch mehrere Personen nacheinander ausgeführt, so trifft der gleiche Rechtsnachteil die Vormänner des letzten Frachtführers gegenüber ihren Vormännern. Denn die ersteren haben ihre Forderung dem letzten Frachtführer zur Einziehung übertragen und haben daher die Folgen zu tragen, wenn dieser ihr Vertrauen nicht gerechtfertigt hat. Hatten die Vormänner sich auf dem Wege der Nachnahme befriedigt, so ist das Ergebnis, daß der letzte Frachtführer gegen sie keinen Rückgriff hat. Haben sie keine Nachnahme erhalten, so haftet ihnen der letzte Frachtführer für den Betrag ihrer Forderung (das letztere ist im Gesetze jetzt besonders hervorgehoben). Anm. 1.

II. Die beiden Vorschriften dieses Paragraphen sind also: **Der an die Auslieferung geknüpfte Rückgriffsverlust und die Verantwortlichkeit des letzten Frachtführers gegenüber den Vormännern.**

A. **Der Rückgriffsverlust.**

1. **Wessen Recht** geht verloren? Das Recht des Frachtführers und seiner Vormänner. Anm. 2.
2. **Welche Rechte gehen verloren?** Alle Rechte aus dem Frachtvertrage, nicht nur die durch Pfandrecht gesicherten, auch die gewöhnlichen Überliegegelder (Schott 455; OTr. 63, 315); auch die Frachtzuschläge, weil diese als Vertragsstrafen gelten (§ 341 Abs. 3 BGB.; RG. 47, 37; OLG. Hamm Ztg. d. V. D. EisenbVerw. 05, 29). Dagegen schließt der Paragraph nicht aus, daß aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung ein Anspruch gegen die Vormänner besteht (Hahn Art. 412 § 3; Puchelt Art. 412 Anm. 3). Zur Begründung eines Bereicherungsanspruchs gegen den Absender (vgl. Anm. 3) genügt aber

Digitized by Google

§ 442. nicht schon allein die Tatsache, daß der Frachtführer die Fracht bezahlt hat. Denn der Absender ist nicht bereichert, wenn im Verhältnis zum Empfänger nicht er sondern der Empfänger die Frachtkosten zu tragen hat (anders OLG. Marienwerder PostMSchr. 05, 151). Daß der Anspruch gegen den Empfänger, soweit ein solcher überhaupt besteht (Puchelt Art. 412 Anm. 6), in Kraft bleibt, hebt der Schlußsatz des Paragraphen besonders hervor.

Anm. 3. 3. **Gegen wen geht das Rückgriffsrecht unter?** Gegen die Vormänner, unter denen hier auch der Absender zu verstehen ist, allerdings nicht auch der Versender (Hahn Art. 412 § 3; Burchard 404; Düringer-Hachenburg § 440 Note II 1c; Makower § 442 IIIb; Lehmann-Ring § 442 Nr. 5; OLG. Darmstadt OLGR. 2, 24). Dieser kann nur Schadensansprüche gegen den Schuldigen geltend machen. Gegen den Empfänger bleibt der Anspruch usw. des letzten Frachtführers, soweit er einen solchen hat, bestehen, sei es nach § 436 (StrA. 71, 46) oder aus sonstigem Rechtsgrunde (Zahlungsversprechen). Auch ein früherer Frachtführer kann Ansprüche gegen den Empfänger haben, z. B. der erste Frachtführer, wenn der Empfänger ihm den Beförderungsauftrag gegeben hat.

Anm. 4. 4. **Die Bedingung des Verlustes des Rückgriffs ist, daß der letzte Frachtführer das Gut ohne Bezahlung ausliefert und das Pfandrecht nicht innerhalb 3 Tagen geltend gemacht hat,** d. h. wirksam geltend gemacht hat, was nicht mehr geschehen kann, wenn das Gut in der Zwischenzeit in den Besitz eines Dritten gelangt ist (§ 440). Diese beschränkende Auslegung Schotts (S. 453; vgl. auch Förtsch Art. 412 Anm. 1 u. 2) verdient den Vorzug vor der anderen Ansicht (vgl. Puchelt Art. 412 Anm. 1 u. 2; Düringer-Hachenburg III 619; Lehmann-Ring § 442 Nr. 6; Makower § 442 II), daß das Rückgriffsrecht auch im letzteren Falle gewahrt ist, wenn den Frachtführer nur kein Mangel an Sorgfalt bei der Auslieferung des Gutes trifft. Die unbefangene Betrachtung der Gesetzesworte führt zu Schotts Auslegung; denn ein nicht vorhandenes Pfandrecht kann nicht geltend gemacht werden. Überdies zieht Schott mit Erfolg auch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen für seine Ansicht heran. Dagegen geht der letzte Frachtführer seines Rückgriffsrechts dann nicht verlustig, wenn er ohne sein Verschulden von dem Bestehen der Forderungen seiner Vormänner keine Kenntnis hatte (D. 284), oder wenn er auf behördliche Weisung das Gut ausliefern mußte (ROHG. 19, 212).

Anm. 5. 5. **Das Rückgriffsrecht des Frachtführers sollte durch die Vorschrift unseres Paragraphen nicht zu einem subsidiären gemacht werden,** d. h. abhängig davon, daß er seine Ansprüche zunächst gegen den Empfänger geltend macht und durchsetzt. Wenn er nur das Gut dem Vormann gewahrt hat, kann er, falls der Einziehungsversuch beim Empfänger nicht gelang, sofort Rückgriff gegen den Vordermann nehmen (Schott 456; anders jedoch Förtsch Art. 412 Anm. 1c).

Anm. 6. Selbstverständlich aber kann der Frachtführer zunächst sein Pfandrecht gegen den Empfänger ausüben und alsdann erst wegen des Ausfalls seinen Rückgriff nehmen. Auf diese Weise kann es kommen, daß während der Dauer eines langwierigen Prozesses der Vormann rückgriffspflichtig bleibt, eine Rechtsfolge, gegen die er sich durch eine schützende Bestimmung im Frachtbriefe (daß nur gegen Zahlung der Fracht ausgehändigt werden soll) sichern mag. (Schott 456; Makower § 442 II.)

Anm. 7. B. **Die Verantwortlichkeit des letzten Frachtführers.** Der letzte Frachtführer hat, wie unser Paragraph ergibt, seinen Vormännern gegenüber die Verpflichtung, das Gut nicht ohne Bezahlung der Fracht abzuliefern oder, wenn er dies gleichwohl tut, das Pfandrecht innerhalb drei Tagen derart geltend zu machen, daß seine Vormänner gegen den Verlust des Rückgriffsrechts und auch dagegen geschützt sind, daß ihnen infolge der Nichtgeltendmachung des Pfandrechts bei der Verfolgung des Empfängers ein Ausfall entsteht. Verletzt er diese Pflicht, so ist er den Vordermännern dafür verantwortlich, d. h. er ist ihnen zum Ersatze des hierdurch erwachsenen Schadens verpflichtet.

§ 443.

§ 443. Bestehen an demselben Gute mehrere nach den §§ 397, 410, 421, 440 begründete Pfandrechte, so geht unter denjenigen Pfandrechten, welche durch die

Digitized by Google

Versendung oder durch die Beförderung des Gutes entstanden sind, das später entstandene dem früher entstandenen vor. § 443.

Diese Pfandrechte haben sämmtlich den Vorrang vor dem nicht aus der Versendung entstandenen Pfandrechte des Kommissionärs und des Lagerhalters sowie vor dem Pfandrechte des Spediteurs und des Frachtführers für Vorschüsse.

Lit.: wie zu § 425.

Einleitung.

Rangordnung der verschiedenen, gleichzeitig bestehenden gesetzlichen Kommissionär-, Lagerhalter-, Spediteur- und Frachtführer-Pfandrechte. Die Rangordnung bedarf gesetzlicher Regelung, weil sonst nicht entschieden werden kann, wie der Erlös zu verteilen ist, wenn er zur Befriedigung aller auf dem Gute haftenden Pfandrechte nicht ausreicht. Vorkommen kann ein solches Zusammentreffen der verschiedenen Pfandrechte deshalb, weil die gesetzlichen Pfandrechte nicht voraussetzen, daß der Pfandgläubiger den Gewahrsam der Pfandsache habe, es vielmehr genügt, wenn ein anderer für ihn besitzt, wie z. B. der Spediteur oder der Frachtführer für den Kommissionär, oder wenn der Kommissionär mittels Dispositionspapiers (Konnossement oder Ladeschein) verfügen kann; und ferner deshalb, weil das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers möglicherweise noch nach der Ablieferung fortdauert, die Ablieferung aber an einen Kommissionär oder Spediteur erfolgen kann; und endlich deshalb, weil nach § 441 die gesetzlichen Pfandrechte verschiedener Spediteure und verschiedener Frachtführer sämtlich nebeneinander bestehen bleiben, wenn das Gut durch ihre Hände gegangen ist. **Die Rangordnung ist derart geregelt, daß in der ersten Klasse die Pfandrechte stehen, die durch die Versendung und die Beförderung des Gutes entstanden sind, in der zweiten Klasse alle übrigen Pfandrechte, insbesondere diejenigen wegen der Vorschüsse.**

Anm. 1.

1. **Die erste Klasse: Pfandrechte, welche durch die Versendung oder die Beförderung des Gutes entstanden sind.** Diese sind bevorzugt, weil sie dazu dienen, das Gut zu erhalten oder den Wert des Gutes dadurch zu erhöhen, daß es seinem Bestimmungsorte entgegengebracht wird.

Im einzelnen gehören hierher:

a) Die Forderungen des Spediteurs für die Versendung des Guts. Darunter fallen dessen Forderungen wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen, dagegen nicht die Forderungen wegen der auf das Gut geleisteten Vorschüsse. Ebensowenig fallen unter die erste Klasse die Forderungen des Spediteurs wegen der an die Vormänner gezahlten Nachnahme, insoweit die letzteren pfandberechtigte Vorschüsse auf das Gut enthalten (Schott 458; Lehmann-Ring § 443 Nr. 3; Düringer-Hachenburg § 443 Note III 2; Makower § 443 Ib; anders Laband ZHR. 9, 479; Eger 2, 689; Förtsch Art. 411 Anm. 2).

Anm. 2.

b) Die Forderungen des Frachtführers für den Transport des Gutes. Wertvorschüsse des Frachtführers gehören dazu nicht. Dagegen gehören Forderungen wegen verauslagter Nachnahmen dann in diese erste Klasse, wenn sie Transport- und Versendungskosten der Vormänner umfassen, in die folgende Klasse, soweit sie pfandberechtigte Vorschüsse von Vormännern enthalten (Schott 459; Düringer-Hachenburg § 443 Note III 2; Makower § 433 I b; wiederum anders Laband und Eger, vgl. oben Anm. 1).

Anm. 3.

c) Die Forderungen des Kommissionärs, insoweit dieselben durch die Versendung oder den Transport des Gutes entstanden sind, wie z. B. Verwendung für Verpackung, Umpackung, Verladung, Lagerung (Schott 459). Dem Grundgedanken der hier festgesetzten Rangordnungen widerspricht es, und durch den Wortlaut des früheren Art. 411 war es keineswegs geboten, wenn Puchelt (Anm. 2) den Kommissionär ganz in die zweite Klasse versetzen wollte Dies ist nach dem jetzigen Wortlaut des Paragraphen nicht mehr angängig. Der Wortlaut ist absichtlich gewählt, um den Streit in unserem Sinne zu entscheiden (D. 165).

Digitized by Google

§ 443. d) Endlich gehört in die erste Stelle das Pfandrecht des Lagerhalters (§ 425) wegen der
Anm. 4. Forderungen, die durch die Versendung entstanden sind (Verwendungen für Verpackung, Umpackung, Lagerung, Konservierung). Durch die Versendung entstanden sind auch die Forderungen aus einer im Fall des § 437 Abs. 2 erfolgten Einlagerung (Lehmann-Ring § 443 Nr. 3; Düringer-Hachenburg § 443 Note II c; Makower § 443 I e; Goldmann § 443 Anm. 4).

Anm. 5. e) Innerhalb dieser ersten Klasse geht nach dem Prioritätsprinzip der in rem versio das später entstandene Pfandrecht dem früher entstandenen vor, weil die Ware um so mehr an Wert gewinnt, je näher sie an den Bestimmungsort gelangt, und es deshalb der Natur der Verhältnisse entspricht, daß der den Vorrang vor anderen hat, der die Wertserhöhung durch seine Leistung bewirkt.

Anm. 6. 2. **In der zweiten Klasse stehen alle nicht in die erste Klasse gehörigen gesetzlichen Pfandrechte,** nämlich:

a) Das Pfandrecht des Kommissionärs wegen aller seiner pfandberechtigten Forderungen, mit Ausnahme der durch die Versendung oder den Transport des Guts entstandenen, insbesondere also wegen seiner Provision, wegen Wertvorschüssen und Darlehen (Schott 459; oben Anm. 3).

Anm. 7. b) Das Pfandrecht des Spediteurs wegen seiner Vorschüsse, einerlei ob eigene oder Vorschüsse der Vormänner.

Anm. 8. c) Das vom bezahlten Vormann durch den Frachtführer erworbene Pfandrecht für Vorschüsse (Schott 459).

d) Innerhalb der Pfandrechte der zweiten Klasse geht nach der allgemeinen Prioritätsregel: Prior tempore potior jure das früher entstandene Pfandrecht dem später entstandenen vor. Das ist jetzt nicht mehr besonders gesagt, weil es sich aus §§ 1209 und 1257 BGB. von selbst ergibt (D. 265). Doch hat selbstverständlich im einzelnen Fall diese Regel nur insoweit Geltung, als nicht das zwischen zwei konkurrierenden Pfandberechtigten bestehende Rechtsverhältnis diese Reihenfolge nach Maßgabe des bürgerlichen oder des Handelsrechts ausschließt, wobei insbesondere an § 366 zu denken ist (vgl. Schott 459; Hahn Art. 412 § 3).

Anm. 9. **Zusatz 1. Konkurrieren diese gesetzlichen Pfandrechte mit anderen Pfandrechten,** so kommen die Grundsätze des bürgerlichen Rechts bzw. der KO. zur Anwendung (Eger 2, 600; Schott 460).

Anm. 10. **Zusatz 2. Der Paragraph handelt nicht von der Konkurrenz mehrerer Zurückbehaltungsrechte unter sich oder von der Konkurrenz zwischen Zurückbehaltungsrecht und Pfandrecht.** Auch eine solche Kollision kann vorkommen, weil auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 nicht unmittelbaren Gewahrsam zur unbedingten Voraussetzung hat, sondern nur die Möglichkeit der Verfügung. Infolge seiner nur obligatorischen Wirkung gehen die später entstandenen Pfandrechte dem früher entstandenen kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht vor. Ebenso hat beim Zusammentreffen mehrerer Zurückbehaltungsrechte das später entstandene den Vorrang vor dem früher entstandenen (vgl. § 369 Anm. 33; anders 6./7. Aufl.).

§ 444.

§ 444. Ueber die Verpflichtung zur Auslieferung des Gutes kann von dem Frachtführer ein Ladeschein ausgestellt werden.

Lit.: wie zu § 425.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph sagt anscheinend nichts weiter, als daß ein Ladeschein ausgestellt werden kann.** Er bestimmt keine gesetzliche Verpflichtung zur Ausstellung eines Ladescheins. Es besteht daher keine solche (anders, als beim Frachtbrief, beim Binnenschiffahrtsladeschein nach § 72 des Binnenschiffahrtsgesetzes und beim Seekonnossement), sondern nur dann, wenn eine dahingehende Übereinkunft getroffen ist. Doch kann die Verpflichtung auch auf Handelsgebrauch beruhen. Besteht die Verpflichtung, so geht sie dahin, daß ein Ladeschein

Digitized by Google

mit dem im § 445 bestimmten Inhalt ausgestellt werde (vgl. § 445 Anm. 1). Tatsächlich kommen im Landfrachtverkehr Ladescheine nicht vor. **§ 444.**

Aber der vorliegende Paragraph hat noch eine weitere Bedeutung. In kurzen bezeichnenden Worten **bestimmt er das Wesen des Ladescheins.** Das Wesen besteht darin, daß der Frachtführer darin eine Verpflichtung zur Auslieferung des Gutes übernimmt. Anm. 1.

a) Der Frachtführer stellt den Ladeschein aus zum Unterschiede vom Frachtbriefe, den der Absender ausstellt.

b) Eine Verpflichtung enthält der Ladeschein zum Unterschiede vom Frachtbrief, der im allgemeinen nur eine Beweisurkunde ist. Der Ladeschein ist daher ein Verpflichtungsschein (KG. in OLGR. 6, 16; RG. 57, 64). Eine bloße Bescheinigung, das bezeichnete Gut zur Beförderung in Empfang genommen zu haben, ohne die Verpflichtung zur Aushändigung des Gutes, ist kein Ladeschein (RG. 13, 75; RG. in LZ. 07, 290 Nr. 8). Indessen ist nicht etwa eine ausdrückliche Erklärung der Auslieferungsverpflichtung erforderlich (Bolze 5 Nr. 624). Anm. 2.

c) Zur Auslieferung des Gutes verpflichtet sich der Frachtführer, d. h. in der Gestalt, in der er es empfangen hat. Er haftet nicht etwa für die Lieferung der bezeichneten Ware, sondern für Ablieferung der empfangenen, darüber hinaus nur noch für ein Verschulden seinerseits in der Bezeichnung (RG. 5, 80; vgl. hierüber § 446 Anm. 2). Anm. 3.

d) Wem gegenüber begründet der Ladeschein die Verpflichtung? Darüber bestimmt § 447, daß der im Ladeschein bezeichnete Empfänger oder der Indossatar der Berechtigte ist (vorausgesetzt, daß ihnen der Ladeschein ausgehändigt ist — vgl. zu § 447). Gerade darin besteht die Bedeutung des Ladescheins, daß durch ihn das Gut der Verfügungsgewalt des Absenders entrückt, daß direkte obligatorische Beziehungen zwischen dem Empfänger und dem Frachtführer hergestellt werden, daß das Recht an dem Gut übertragbar und so das Gut schon während des Transports umsatzfähig wird. Anm. 4.

e) Der Ladeschein ist auch Traditionspapier oder Dispositionspapier (vgl. § 450). Anm. 5.

Zusatz. Da Ladeschein und Seekonnossement auf demselben Grundgedanken beruhen und demselben Zwecke dienen sollen, **so greifen die Grundsätze über Seekonnossemente auf den Ladeschein entsprechend Platz,** soweit nicht das Gesetz oder eine innere Verschiedenheit entgegensteht (Puchelt Art. 413 Anm. 4; Makower § 444 VII. Eine solche Verschiedenheit liegt z. B. vor bezüglich der Haftung aus der im Konnossement enthaltenen Bezeichnung der abgeladenen Güter nach § 652 Satz 1; RG. 5, 80). Das ist jetzt um so mehr anzunehmen, als auch das Binnenschiffahrtsgesetz Vorschriften über den Ladeschein gegeben hat, die den seerechtlichen Konnossementsvorschriften großenteils nachgebildet sind. Anm. 6.

§ 445.

Der Ladeschein soll enthalten: **§ 445.**

1. den Ort und den Tag der Ausstellung;
2. den Namen und den Wohnort des Frachtführers;
3. den Namen des Absenders;
4. den Namen desjenigen, an welchen oder an dessen Order das Gut abgeliefert werden soll; als solcher gilt der Absender, wenn der Ladeschein nur an Order gestellt ist;
5. den Ort der Ablieferung;
6. die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
7. die Bestimmung über die Fracht und über die auf dem Gute haftenden Nachnahmen sowie im Falle der Vorausbezahlung der Fracht einen Vermerk über die Vorausbezahlung.

Der Ladeschein muß von dem Frachtführer unterzeichnet sein.

Digitized by Google

§ 445. Der Absender hat dem Frachtführer auf Verlangen eine von ihm unterschriebene Abschrift des Ladescheins auszuhändigen.

Lit.: zu § 425.

Der vorliegende Paragraph zählt die Erfordernisse eines Ladescheins auf.

Anm. 1. I. **Die rechtliche Bedeutung der hier aufgezählten Erfordernisse** des Ladescheins ist nicht bei allen Erfordernissen die gleiche. Die in Abs. 2 vorgeschriebene Unterzeichnung durch den Frachtführer ist derart wesentlich, daß ohne sie die Urkunde kein Ladeschein im Sinne des Gesetzes ist. Die Erfordernisse im ersten Absatze, aufgezählt unter Nr. 1—7, enthalten dagegen nicht die stets wesentlichen, sondern die üblichen Bestandteile des Ladescheins, mit denen, eben weil es die üblichen sind, der Frachtführer, der durch Vereinbarung oder Handelsgebrauch verpflichtet ist, einen Ladeschein auszustellen, seinen Ladeschein zu versehen hat (ROHG. 17, 97; vgl. RG. 20, 57). Ob sie im einzelnen Falle wesentlich sind und ihr Mangel dem Ladeschein seine rechtliche Kraft nimmt; kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden, und zwar an der Hand der Frage, ob nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen trotz des vorhandenen Mangels noch die Erfordernisse einer verpflichtenden Urkunde nach § 444 vorliegen.

Anm. 2. II. **Im einzelnen ist folgendes zu bemerken.**

Zu Nr. 1. Ort und Tag der Ausstellung sind nicht wesentliche Bestandteile, doch kann der Absender diese Angaben verlangen. Der Ausstellungstag ist von Erheblichkeit, weil er zugleich das Abladedatum feststellt, d. h. den Tag, an dem der Frachtführer die Ware in Empfang genommen hat. Das Abladedatum kann nicht allein für die ordnungsmäßige Erfüllung des Kaufvertrags seitens des Verkäufers (vgl. RG. 58, 230) erheblich sein, sondern es gibt auch erforderlichenfalls Aufschluß darüber, ob der Spediteur den Ladeschein rechtzeitig an den Empfänger abgesandt hat (RG. 13, 61). Mit Rücksicht auf die mögliche Erheblichkeit des Ausstellungstages ist der Frachtführer nach Treu und Glauben verpflichtet für die richtige Datierung des Ladescheins zu sorgen. Er haftet gemäß §§ 249 ff. BGB. jedem berechtigten Inhaber des Ladescheins, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Ausstellungstages zu Schaden gekommen ist (vgl. RG. 58, 230, das ein Gewährversprechen für die Richtigkeit des in einem Konnossement angegebenen Datums annimmt).

Zu Nr. 2. Der Name des Frachtführers ist sicherlich nicht wesentlich, da er auch aus der Unterschrift hervorgeht. Der Wohnort ist gleichfalls nicht wesentlich, wenn die Identität nur sonst feststeht (ROHG. 17, 96). Doch kann der Absender verlangen, daß der Ladeschein diese Angaben enthalte, wofern er einen Ladeschein überhaupt verlangen kann.

Anm. 3. Zu Nr. 3. Der Name des Absenders ist wesentlich bei den lediglich an Order gestellten Ladescheinen. Vgl. Nr. 4.

Zu Nr. 4. Aus dieser Ziffer geht hervor, daß der Ladeschein ein Rektapapier sein kann oder auch ein Orderpapier. Er kann aber auch auf den Inhaber gestellt werden, da § 445 Nr. 4 und § 447 dies nicht ausschließt (a. M. 6./7. Aufl.; vgl. auch § 424 Anm. 8). Orderpapier ist er nur, wenn er an Order gestellt ist (§ 363 Abs. 2) und fällt dann unter die Regeln der §§ 363—365. Die Bezeichnung „an die Adresse des . . .“ enthält keine Stellung an Order (OLG. Karlsruhe BadRpr. 00, 315). Im Zweifel ist der Frachtführer zur Stellung an Order verpflichtet, wenn er seiner etwa bestehenden Verpflichtung zur Ausstellung eines Ladescheins genügen will (a. M. Düringer-Hachenburg III 626; Lehmann-Ring § 445 Nr. 2).

Der Ladeschein kann übrigens auch durch Forderungsabtretung übertragen werden (vgl. § 363 Anm. 29; ROHG. 25, 340).

Zu Nr. 5, 6 und 7 s. Anm. 12 u. 13 zu § 426.

Anm. 4. Zu Abs. 2. **Die Unterschrift des Frachtführers** ist wesentlich (vgl. oben Anm. 1). Doch kann sie auch ein Vertreter leisten (ROHG. 17, 100; vgl. § 350 Anm. 46). Unterstempelung vertritt nicht die Stelle der Unterzeichnung, auch nicht, wie beim Frachtbrief, faksimilierte Unterschriftsleistung. Ohne die Unterschrift ist das Schriftstück kein Ladeschein, doch kann es immer noch als Beweisurkunde gelten.

Digitized by Google

III. **Verpflichtung des Absenders zur Ausstellung einer Abschrift des Ladescheins.** Hat der Frachtführer mit oder ohne Verpflichtung einen Ladeschein ausgestellt und der Absender ihn angenommen, so muß dieser dem Frachtführer auf dessen Verlangen eine von ihm unterschriebene Abschrift des Ladescheins aushändigen. Diese Abschrift ist nicht zu verwechseln mit einem Duplikat. Letzteres wird vom Frachtführer ausgestellt, erstere vom Absender als Gegenschein gegen den vom Frachtführer ausgestellten Ladeschein. Sie sichert den Frachtführer gegen willkürliche Abänderungen des in den Händen des Absenders befindlichen Ladescheins. § 445. Anm. 5.

§ 446.

Der Ladeschein entscheidet für das Rechtsverhältniß zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger des Gutes; die nicht in den Ladeschein aufgenommenen Bestimmungen des Frachtvertrags sind dem Empfänger gegenüber unwirksam, sofern nicht der Ladeschein ausdrücklich auf sie Bezug nimmt.

Für das Rechtsverhältniß zwischen dem Frachtführer und dem Absender bleiben die Bestimmungen des Frachtvertrags maßgebend. § 446.

Lit.: wie zu § 425.

Der Paragraph behandelt die rechtliche Bedeutung des Ladescheins: er entscheidet für das Rechtsverhältnis zwischen Frachtführer und Empfänger ausschließlich (Abs. 1), läßt aber für das Rechtsverhältnis zwischen Frachtführer und Absender den Frachtvertrag unberührt (Abs. 2). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Der Ladeschein entscheidet für das Rechtsverhältnis zwischen Frachtführer und Empfänger.** Anm. 1.

a) Durch die Ausstellung des Ladescheins einerseits und dessen rechtmäßigen Erwerb andererseits werden direkte obligatorische Beziehungen zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger hergestellt, und zwar derart, daß lediglich der Inhalt des Ladescheins für den Inhalt und Umfang dieser obligatorischen Beziehungen entscheidet (RG. 14, 5; 57, 64).

b) Zwischen Frachtführer und Empfänger ist daher der Ladeschein nicht nur maßgeblich hinsichtlich der Fracht (ROHG. 1, 200; 12, 369), sondern auch hinsichtlich der Person des Frachtführers, also des Ablieferungsverpflichteten und Pfandberechtigten (ROHG. 17, 98) und für die vom Empfänger zu zahlenden Nachnahmen (RG. 44, 119). Der Frachtführer kann für die aus dem Ladeschein sich nicht ergebende Fracht und Nachnahme weder sein Pfandrecht nach § 440 geltend machen, noch nach Annahme des Frachtgutes nebst Frachtbrief seitens des Empfängers Zahlung nach Maßgabe des Frachtbriefs gemäß § 436 verlangen (anders OLG. Frankfurt FrankfRundsch. 01, 85). Dabei ist aber, was den Gegenstand des Ablieferungsgutes betrifft, darauf hinzuweisen, daß sich die durch den Ladeschein übernommene Verpflichtung nur darauf bezieht, das empfangene Gut abzuliefern, nicht darauf, daß das abzuliefernde Gut den der Bezeichnung entsprechenden Inhalt hat; für das letztere haftet der Frachtführer nur soweit, als ihn bei der Bezeichnung ein eigenes Verschulden trifft (RG. 5, 79; ebenso Schott bei Endemann III 431). Dieser Auffassung ist beizutreten. Denn die Verpflichtung des Frachtführers ist keine generische Lieferungsverpflichtung, die Bezeichnung des Gutes hat in Ansehung seiner Verpflichtung lediglich den Zweck, die Identität des empfangenen Gutes mit dem abzuliefernden festzustellen; ob der Inhalt der Bezeichnung entspricht, kann der Frachtführer regelmäßig nicht beurteilen (vgl. RG. in Gruch. 48, 625; OLG. Hamburg HansGZ. 02, Hptbl. Nr. 29 u. HansGZ. 03, Hptbl. Nr. 35). War aber der Frachtführer hierzu in der Lage, dann haftet er dem redlichen Erwerber des Ladescheins für die Unrichtigkeit der Bezeichnung des Frachtgutes. Er ist zwar nicht verpflichtet, eine Ware der angegebenen Art und Gattung zu liefern; denn er hat immer nur die übernommene Ware auszufolgen. Hat er aber den Inhalt der übernommenen Ware im Ladeschein schuldhafterweise unrichtig Anm. 2.

Digitized by Google

§ 446. angegeben, dann hat er den Wertsunterschied zwischen dem angegebenen Inhalt und der tatsächlichen Beschaffenheit der übernommenen Ware zu ersetzen (vgl. § 71 BinnenSchG.). Handelt es sich nicht nur um eine falsche Beschaffenheitsbezeichnung, insbesondere um die unrichtige Inhaltsangabe einer verpackten Ware, sondern ist im Ladeschein eine andere Ware angegeben worden, als tatsächlich übernommen wurde, so ist dies dem redlichen Erwerber des Ladescheins gegenüber als ein Verlust der Ware anzusehen, für den er den Erwerber des Ladescheins zu entschädigen hat (vgl. RG. 34, 79; 46, 7 u. § 424 Anm. 6). In gleicher Weise hat er nach Maßgabe des Ladescheins für die ihm erkennbare Quantität der Güter, also insbesondere für deren im Ladeschein angegebene Anzahl einzustehen, sofern er nicht seine Haftbarkeit im Ladeschein, z. B. durch den Zusatz: „Zahl, Maß und Gewicht unbekannt", ausgeschlossen hat (vgl. § 655 u. § 73 BinnenSchG.). Hier ist er für das Fehlende schadensersatzpflichtig. Hat der Frachtführer einen Ladeschein über Güter ausgestellt, die er zur Beförderung übernommen, aber noch nicht erhalten hat, und kommt es nicht zur Verladung, z. B. weil die Güter vorher in Verlust geraten sind, so hat er auch hierfür dem redlichen Erwerber einzustehen (OLG. Hamburg HansGZ. 03, Hptbl. Nr. 118; vgl. auch § 445 Anm. 2 u. § 424 Anm. 6).

Ist dem Frachtführer das Frachtgut in erkennbar mangelhaftem Zustande übergeben worden, so ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, dies im Ladeschein zu vermerken, um Schädigungen des Ladescheinsberechtigten zu verhindern (vgl. § 658; § 76 BinnenSchG. u. § 424 Anm. 6; RG. 4, 91). Die in den Ladeschein aufgenommene Klausel: „In guter Ordnung und Beschaffenheit" bezieht sich nur auf das gute Aussehen der Ladung, soweit dies der Frachtführer zu beurteilen vermag (vgl. RG. in Holdheim 14, 198). Haftungsbefreiungen im Ladeschein sind rechtswirksam (RG. 11, 110; 25, 107; vgl. RG. 52, 403).

Die Höhe des dem legitimierten Inhaber des Ladescheins im Falle des Verlustes zu leistenden Schadensersatzes bestimmt sich nach § 430.

Anm. 3. c) *Der Frachtbrief und die sonstigen Vereinbarungen des Frachtvertrages haben keine rechtliche Wirkung* für das Rechtsverhältnis zwischen Frachtführer und Empfänger, wenn sie nicht, was zulässig ist, durch Bezugnahme des Ladescheins auf sie zum Bestandteil des letzteren gemacht sind (ROHG. 17, 74; RG. 4, 91; 14, 5; 57, 64; Hahn Art. 415 § 1). Ist aber der Empfänger zugleich der Absender, dann kann er sich nicht darauf berufen, daß er nach dem Ladeschein andere Güter zu empfangen hat, als er selbst abgeladen hat (vgl. RG. in SeuffA. 49 Nr. 36). Das gleiche gilt für den unredlichen Erwerber des Ladescheins (vgl. hierüber § 364 Anm. 14).

Anm. 4. d) *Einreden aus der Person des Absenders* kann der Frachtführer daher nicht geltend machen (ROHG. 2, 318; RG. 57, 64), auch der Empfänger nicht, weder dahin, daß er selbst, der Empfänger, etwas vom Ladeschein Abweichendes mit dem Absender vereinbart habe (Eger 3, 73; Puchelt Art. 415 Anm. 5), noch auch dahin, daß der Frachtführer etwas dem Empfänger Günstigeres mit dem Absender verabredet habe. In letzterer Hinsicht entschied anders das Obertribunal (55, 154). Die Worte des zweiten Satzes „dem Empfänger gegenüber" bieten jedoch für diese abweichende Ansicht, daß jene Nebenverabredungen „gegenüber dem Frachtführer" gelten, kaum eine Stütze, der erste Satz aber widerlegt diese Ansicht vollständig. Richtig RG. v. 7. 5. 81 in EisenbE. 2, 28: Der Empfänger kann dem Frachtführer nicht einwenden, daß nach dem Frachtvertrage der Absender die Fracht zu zahlen hat (anders auch Markus in KGBl. 06, 55). *Endlich aber kann der Empfänger sich nicht auf Verabredungen, die er mit einem späteren Frachtführer getroffen hat*, dem Aussteller des Ladescheins gegenüber berufen (ROHG. 25, 342).

Anm. 5. e) *Nur insofern ist der Grundsatz von der ausschließlichen Maßgeblichkeit des Ladescheins einzuschränken*, als der Frachtführer den Ersatz solcher Auslagen, die sich als notwendige Verwendungen auf das Gut darstellen und die jeder Besitzer fremder Sachen mittels des Zurückbehaltungsrechts geltend machen darf, verlangen kann, z. B. die Bearbeitungskosten des in schlechter Beschaffenheit verladenen Roggens (ROHG. 8, 411), überhaupt alle Reparaturkosten am Frachtgut (Schott 433). Das gleiche wird auch anzunehmen sein für

Digitized by Google

während des Transports erwachsene Auslagen, mit deren Entstehung der Empfänger rechnen muß, z. B. Zollgelder. Natürlich hat er auch die Auslagen zu ersetzen, die er selbst veranlaßt hat, z. B. Liegegelder. Ferner ist (mit Puchelt Art. 415 Anm. 2 u. 4) anzunehmen, daß der im § 429 dem Frachtführer gewährte Entlastungsnachweis von selbst einen Bestandteil des Ladescheins bildet, so daß an der Zulassung dieses Nachweises mangelnden Verschuldens nicht zu zweifeln ist und der Frachtführer dieselbe jedem legitimierten Inhaber des Ladescheins gegenüber vorbringen kann. § 446.

2. (Abs. 2.) **Zwischen dem Absender und dem Frachtführer bleibt der Frachtvertrag in Kraft.** (Bolze 17 Nr. 429). Gänzlich unberührt bleibt er durch die Begebung des Ladescheins in die Hände eines Dritten nicht, da die Verfügungsbefugnis des Absenders dadurch aufgehoben ist (§ 447). Anm. 6.

Zusatz. Der Ladeschein vermittelt auch dingliche Wirkungen. Er ist Traditionspapier, seine Übergabe bewirkt die Übergabe des Guts (vgl. hierüber § 450). Anm. 7.

§ 447.

Zum Empfange des Gutes legitimirt ist derjenige, an welchen das Gut nach dem Ladeschein abgeliefert werden soll oder auf welchen der Ladeschein, wenn er an Order lautet, durch Indossament übertragen ist. § 447.

Der zum Empfange Legitimirte hat schon vor der Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte die Rechte, welche dem Absender in Ansehung der Verfügung über das Gut zustehen, wenn ein Ladeschein nicht ausgestellt ist.

Der Frachtführer darf einer Anweisung des Absenders, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den durch den Ladeschein legitimirten Empfänger auszuliefern, nur Folge leisten, wenn ihm der Ladeschein zurückgegeben wird; verletzt er diese Verpflichtung, so ist er dem rechtmäßigen Besitzer des Ladescheins für das Gut verhaftet.

Lit.: wie zu § 425.

Der vorliegende Paragraph enthält einige Vorschriften zugunsten des durch Ladescheine Legitimierten.

1. (Abs. 1.) **Wer ist im Falle der Ausstellung des Ladescheins zum Empfange legitimiert?** Das Gesetz sagt: der, an den das Gut nach dem Ladeschein abgeliefert werden soll, oder auf den der Ladeschein, wenn er an Order lautet, durch Indossament übertragen ist. Allein damit ist die Zahl der Legitimierten nicht erschöpft. Zunächst können die Rechte aus dem Ladeschein durch Forderungsabtretung übertragen werden, sowohl dann, wenn er nicht an Order lautet, als auch dann, wenn er an Order lautet (ROHG. 25, 340). In beiden Fällen ist der Zessionar durch den Ladeschein legitimiert. Sodann aber ist, wenn der Ladeschein ein Blankoindossament enthält, nicht nur der, auf den der Ladeschein durch Indossament übertragen ist, legitimiert, sondern auch der, auf den der Ladeschein auf Grund des Blankoindossaments durch die sogenannte Blankoübertragung übergegangen ist (RG. 4, 145; JW. 04, 46[16]). Über die Form des Indossaments, über die rechtliche Kraft desselben, über die Prüfung der Legitimation und sonstige Fragen s. die §§ 363—366 und die Erläuterungen dazu. Anm. 1.

2. (Abs. 2.) **Die Rechte des durch den Ladeschein Legitimierten beginnen** nicht erst mit der Ankunft am Ablieferungsorte. Die Rechte des Empfängers nach § 435 erweitern sich im Falle der Ausstellung eines Ladescheins. Der Legitimierte hat die Rechte des Absenders während des Transports schon vor der Ankunft des Gutes. Das Gesetz geht davon aus, daß die Übertragung des Ladescheins, wie sie nach § 450 ja auch dingliche Wirkungen hat, die Verfügung über das Gut auf den Erwerber des Ladescheins überträgt. Von nun ab kann also der Inhaber des Ladescheins den Frachtführer anweisen, das Gut anzuhalten, ihm herauszugeben oder an einen anderen als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger auszufolgen (§ 433). Anm. 2.

Digitized by Google

§ 447. Anm. 3. 3. (Abs. 3.) Damit hängt die Vorschrift des Abs. 3 auf das innigste zusammen, **wonach der Frachtführer späteren Anweisungen des Absenders zur Vermeidung eigener Haftung für das Gut nur nach Rückgabe des Ladescheins Folge leisten kann.** Das bezieht sich auf jede Art der Verfügung über das Gut, wenn auch im Abs. 3 nur einzelne Verfügungsarten hervorgehoben sind. Ob die Rückgabe des Ladescheins durch den Absender oder durch den Empfänger erfolgt, ist gleichgültig (Düringer-Hachenburg III 632; Makower § 447 III a).

Anm. 4. Nach Übergabe des Ladescheins kann der Absender, wenn er ein Interesse hat, über das Gut zu verfügen, sich nur noch durch Arreste helfen, falls diese nach der durch die Begebung des Ladescheins eingetretenen Rechtsverschiebung noch angängig sind. Das ist auch zu berücksichtigen bezüglich eines etwa bestehenden Verfolgungsrechts. Daß die Ausstellung des Ladescheins und die Aushändigung an den Absender auf ein solches Verfolgungsrecht keinen Einfluß hat, wird zwar von Hahn (Art. 416 § 2) und im Anschluß an diesen von Gareis-Fuchsberger Note 136 zutreffend bemerkt (vgl. auch RG. 13, 120); doch ist hinzuzufügen, daß die Begebung des Ladescheins das Verfolgungsrecht meist beseitigen wird (vgl. hierüber Exk. zu § 382 Anm. 98).

Anm. 5. Das Recht des Absenders auf Rückgabe des Frachtgutes ist nur insolange pfändbar, als der Absender sich noch im Besitz des Ladescheins befindet. Nach dessen Weiterbegebung steht dem Absender ein Anspruch auf Rückgabe nicht mehr zu. Der Frachtführer besitzt dann für den berechtigten Inhaber des Ladescheins (RG. 5, 80; 9, 428). Die Pfändung des Anspruchs des Empfängers auf Ausfolgung des Gutes erfolgt nach § 831 CPO. dadurch, daß der Gerichtsvollzieher den Ladeschein in Besitz nimmt. Die Pfändung des Anspruchs des Absenders dagegen hat im Wege des § 846 CPO. zu erfolgen; denn der Anspruch des Absenders auf Rückgabe des Gutes wird durch den auf Order oder auch nicht auf Order gestellten Ladeschein nicht verbrieft. Den nach § 447 Abs. 3 HGB. erforderlichen Besitz des Ladescheins erlangt der pfändende Gläubiger gemäß § 836 Abs. 3 CPO. Anders liegt die Sache, wenn etwa der Absender selbst der durch den Ladeschein zum Empfange des Gutes Legitimierte ist.

§ 448.

§ 448. Der Frachtführer ist zur Ablieferung des Gutes nur gegen Rückgabe des Ladescheins, auf dem die Ablieferung des Gutes bescheinigt ist, verpflichtet.

Anm. 1. 1. Selbstverständlich hat der Empfänger auch alle sonstigen Leistungen Zug um Zug zu erfüllen (vgl. über die sonstigen Leistungen zu § 450). Dauert die Ablieferung mehrere Tage, z. B. bei der Ausladung aus einem Schiff, so kann die Rückgabe des Ladescheins erst nach vollendeter Ausladung verlangt werden. Der Frachtführer kann aber die Hinterlegung des Ladescheins oder Sicherheitsleistung für seine Forderungen aus dem Frachtvertrag verlangen (vgl. KG. in OLGR. 8, 390). Wird das Gut im beschädigten Zustande oder mit einem Manko abgeliefert, so ist der Empfänger nicht berechtigt deswegen den Ladeschein zurückzubehalten, bis etwa der Frachtführer nachgewiesen hat, daß ihn an der Beschädigung oder Minderung kein Verschulden trifft (Mittelstein in DJZ. 04, 586). Der Schiffer, dem ein bestimmter Löschplatz angewiesen ist, braucht, wenn sich der Löschplatz als ungeeignet erweist, die Abfuhr des Gutes direkt vom Schiff nicht zu dulden, wenn nicht der Empfänger die Fracht sicherstellt und den Ladeschein hinterlegt (RG. in Gruch. 48, 1011).

Anm. 2. 2. Im Fall des Verlustes eines auf den Namen lautenden Ladescheins muß der Frachtführer gegen Quittung des Empfängers und Einwilligung des Absenders an den Empfänger abliefern. Auch kann der Frachtführer das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß seine Ablieferungsverpflichtung erloschen sei (§ 371 BGB.). Lautet dagegen der verlorene Ladeschein auf Order, so braucht der Frachtführer nur nach Durchführung des Aufgebotsverfahrens abzuliefern und zwar an den, der das Ausschlußurteil erwirkt hat; während des Aufgebotsverfahrens nur nach geleisteter Sicherheit (§ 365 Abs. 2).

Digitized by Google

§ 449.

Im Falle des § 432 Abs. 1 wird der nachfolgende Frachtführer, der das Gut auf Grund des Ladescheins übernimmt, nach Maßgabe des Scheines verpflichtet. § 449.

Jeder Unterfrachtführer haftet, das will der vorliegende Paragraph aussprechen, im Falle der Ausstellung eines Ladescheins oder vielmehr, wenn er die Beförderung auf Grund des Ladescheins übernimmt, nach Maßgabe des Scheins. Die Vorschrift war im alten HGB. nicht enthalten, ist aber doch wohl selbstverständlich Zur Übernahme des Gutes auf Grund des Ladescheins genügt es, daß der Unterfrachtführer bei Übernahme des Gutes Kenntnis von dem Vorhandensein des Ladescheins erhalten hat (Düringer-Hachenburg III 634; Lehmann-Ring § 449 Anm.; Makower § 449 II).

§ 450.

Die Uebergabe des Ladescheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird, hat, wenn das Gut von dem Frachtführer übernommen ist, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes. § 450.

Lit.: wie zu § 364 u. zu § 425.

Der vorliegende Paragraph regelt die dinglichen Wirkungen des Ladescheins.

Voraussetzung für die dingliche Wirkung ist, daß das Gut vom Frachtführer übernommen ist, und daß der Ladeschein dem durch ihn zur Empfangnahme des Gutes Legitimierten übergeben wird. Zur Empfangnahme des Gutes legitimiert ist auch der im nicht an Order gestellten Ladeschein bezeichnete Empfänger. Daß der Ladeschein zur Erzielung der dinglichen Wirkung an Order gestellt sein muß, ist hier nicht, wie beim Lagerschein vorgeschrieben (vgl. § 424; ebenso Düringer-Hachenburg III 635; Lehmann-Ring § 450 Anm.; Goldmann § 450 Anm. 2; Makower § 450 I a 2; anders 6./7. Aufl.). Beim Rektaladeschein hat aber nur die Übergabe des Scheins an den in ihm bezeichneten Empfänger die dingliche Wirkung; beim indossierten Ladeschein auch die Übergabe an den Indossatar (wozu natürlich auch der gehört, der einen mit Blankoindossament versehenen Ladeschein durch bloße Übergabe erwirbt). Anm. 1.

Der gutgläubige Erwerber eines indossablen und indossierten Ladescheins erwirbt das Eigentum des Gutes lastenfrei, also auch ohne das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers und ohne das etwaige diesem zustehende Zurückbehaltungsrecht wegen rückständiger Frachtkosten (vgl. § 365 Anm. 10). Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Nachnahmen und Vorschüsse, sondern insbesondere auch für die Fracht. Will der Frachtführer trotz Ausstellung eines indossablen Ladescheins dessen sicher sein, daß er nur gegen Zahlung seiner Frachtkosten an den legitimierten Erwerber des Ladescheins, die beförderte Ware herauszugeben braucht, so muß er die Kosten in den Ladeschein aufnehmen (vgl. § 445 Nr. 7 u. § 446 Anm. 3 u. 4). Denn da die Aufnahme etwaiger Kosten in den Ladeschein vorgeschrieben ist, so ist der Erwerber des Scheins gutgläubig, wenn er sich auf deren Nichtangabe verläßt (vgl. jedoch auch § 446 Anm. 5). Anm. 2.

Im übrigen gilt das gleiche wie beim Lagerschein (vgl. hierüber § 424 Anm. 1 ff.). Anm. 3.

§ 451.

Die Vorschriften der §§ 426 bis 450 kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Frachtführer ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen übernimmt. § 451.

Lit.: wie zu § 425.

Digitized by Google

§ 451. 1. Was „Beförderung von Gütern" bedeutet, darüber s. § 425 Anm. 1 ff. Die dort erwähnte
Anm. 1. Streitfrage kehrt hier wieder (ROHG. 13, 133). Auch ist der Transport von der Dienstmiete wohl zu scheiden (ROHG. ebenda), ebenso von der Vermietung von Transportmitteln.

2. Im Betriebe seines Handelsgewerbes muß die Beförderung erfolgen (hierüber zu § 343).

Anm. 2. 3. Eine Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern muß vorliegen. Bei der Beförderung von Gütern auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern greifen natürlich in erster Linie die bezüglichen Vorschriften des Binnenschiffahrtsgesetzes Platz (vgl. § 26 des Binnenschiffahrtsgesetzes).

4. Wenn dagegen ein Nichtkaufmann den Transport solcher Güter übernimmt, greift § 451 nicht Platz, sondern es gelten die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Werkverdingung (s. § 425 Anm. 1).

§ 452.

§ 452. Auf die Beförderung von Gütern durch die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten finden die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung. Die bezeichneten Postverwaltungen gelten nicht als Kaufleute im Sinne dieses Gesetzbuchs.

Lit.: Meili, Haftpflicht der Postanstalten, 1877; Mittelstein, Beiträge zum Postrecht, 1891; derselbe in Gruch. 36, 580; Schlegelberger in DJZ. 01, 69; Hertz in DJZ. 03, 390; Tachau ebenda 03, 495; Scheda in Gruch. 47, 102; Dambach-v. Grimm, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs, 6. Aufl. 1901, Nachtrag dazu von v. Grimm 1904; Leutke, Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäftes, 1905; und dazu Mittelstein in ZHR. 54, 190.

Die vorliegende Sondervorschrift bestimmt zweierlei:

Anm. 1. 1. Der Staat als Postfiskus ist nicht Kaufmann; auch nicht, insofern er Postwagen durch die Bahn befördern läßt (Gruch. 30, 147); dagegen ist er es als Eisenbahnfiskus (vgl. § 36 Anm. 10 u. Einl. zu § 33); der Posthalter ist wegen seiner Unselbständigkeit nicht Frachtführer (JW. 00, 395 [16]).

2. Die betreffenden Geschäfte sind keine Frachtgeschäfte und die Bestimmungen des vorliegenden Abschnitts finden hierauf keine Anwendung. Auf ihre Rechtsverhältnisse findet das Gesetz über das Postwesen vom 28. Oktober 1871 mit Zusatz vom 20. Dezember 1899 Anwendung. Ferner ist maßgebend die Postordnung vom 20. März 1900 nebst einigen anderen Verordnungen. Ergänzend greifen die Bestimmungen des BGB. Platz, insbesondere die Vorschriften über den Werkvertrag. Auch das Handelsrecht kann Anwendung finden, wenn und soweit der Absender Kaufmann ist. Aber auf den Beförderungsvertrag greift, wie gesagt, die Vorschrift über den Frachtvertrag nicht Platz.

Anm. 2. **Zusatz.** Hervorzuheben ist folgendes:

a) Postanweisung. Die rechtliche Natur des Vertrages auf Übermittelung von Geld durch Postanweisung ist sehr bestritten. Über die einzelnen aufgestellten Meinungen vgl. ausführlich Leutke 159–172. Inwieweit die verschiedenen Konstruktionsversuche für die Beurteilung praktisch wichtiger Fragen von Wert sind, ist nicht immer ersichtlich. In der Rechtsprechung sind folgende besonders wichtige Fragen entschieden worden. Die Post erwirbt Eigentum an dem eingezahlten Gelde und zahlt es auf Rechnung des Absenders an den Empfänger aus. Für die Art des Rechtserwerbs des Empfängers ist das Rechtsverhältnis zwischen Absender und Empfänger allein entscheidend (RGSt. 20, 437). Soll der Empfänger das Eigentum an dem von der Post ihm ausgehändigten Gelde nicht erwerben, z. B. wenn der Absender ihm mitteilt, daß er das Geld als Beauftragter oder Verwahrer in Besitz nehmen solle, so knüpft sich diese Folge an die Auszahlung des Geldes an den Empfänger auch dann, wenn dieser seinen entsprechenden Willen beim Geldempfang nicht kundgibt (RGSt. in DJZ. 06, 880). Daraus, daß die Post für Rechnung des Absenders zahlt und für den Rechtserwerb des Empfängers lediglich sein Verhältnis zum Absender in Betracht kommt, ergibt sich, daß auf diesen Rechtserwerb die Beziehungen des Absenders zur Post ohne Einfluß sind. Die Post hat daher

Digitized by Google

keinen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger, wenn sie dem Absender gegenüber nicht zur Auszahlung verpflichtet war (RG. 60, 24). Die Post hat aber gegen den Absender einen Schadensersatzanspruch, wenn sie auf dessen Anweisung hin Zahlung zu leisten und der Absender nach dem geordneten Geschäftsgang eine Aufbewahrungspflicht hinsichtlich der Postanweisungsformulare und Stempel hatte, nur infolge Vernachlässigung dieser Pflicht Fälschungen der Postanweisungen möglich waren und die Post auf so gefälschte Anweisungen hin Zahlung geleistet hat (RG. 65, 117). Da die Post nur in einem Rechtsverhältnis zum Absender steht, hat der Empfänger keinen klagbaren Anspruch gegen die Post auf Auszahlung (RG. 60, 24), selbst dann nicht, wenn ihm die Postanweisung bereits ausgehändigt ist (vgl. OLG. Hamburg OLGR. 6, 92). Demgemäß kann auch ein Recht des Empfängers auf Auszahlung nicht gepfändet werden. Dagegen hat der Empfänger einer Postanweisung dann ein klagbares Recht auf Auszahlung, wenn die Einzahlung auf Grund einer von ihm als Absender abgeschickten Nachnahmesendung oder eines Postauftrages an die Post erfolgt ist (Leutke 250). Der Pfändung dieses Rechtes des Absenders wird das Briefgeheimnis nicht entgegenstehen (Leutke 259). Die Post darf daher auch den eingezogenen Nachnahmebetrag dem Empfänger der Nachnahmesendung gegen deren Rückgabe ohne Zustimmung des Absenders nicht wieder ausfolgen (LG. Hamburg DJZ. 04, 1191). Die Post haftet unter Umständen dem im Posteinlieferungsbuch bezeichneten Absender, wenn sie es unterläßt, das Posteinlieferungsbuch auf seine Übereinstimmung mit der Adresse der Postanweisung zu prüfen (RG. 41, 102). Ist das Postanweisungsformular auf der Post verloren gegangen und dadurch die Auszahlung verzögert worden, so ist kein Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 4 des Postgesetzes gegeben (OLG. Hamburg DJZ. 05, 1176). **§ 452.**

In Ansehung der Rechte des Empfängers gilt das gleiche insbesondere auch bei Wertsendungen und Einschreibebriefen (RG. 43, 98; 48, 255).

b) Die Legitimation des Abholers einer Postsendung hat die Post, wenn eine Abholungserklärung ausgestellt ist, nicht zu prüfen (§ 48 des Postgesetzes), sofern nicht ein gegenteiliges Abkommen getroffen wurde (RG. 35, 321). Ein solches besonderes Abkommen liegt nicht in der Einräumung eines Postschließfaches (§ 42 der Postordnung in der Fassung vom 8. April 1901 RGBl. 01, 107). Die Post ist nicht verpflichtet, lediglich einer durch Besitz des Schlüssels zum Schließfach legitimierten Person die Postsachen am Schalter auszuliefern (RG. 63, 340). Ein an beide Eheleute adressierter eingeschriebener Brief gilt als auch der Ehefrau ausgehändigt, wenn auch nur der Mann quittiert; anders wenn der Brief die Aufschrift „eigenhändig" trägt (Bolze 23 Nr. 484). Ist danach die Auslieferung einer Postsendung postordnungsmäßig erfolgt, so ist damit nur der Anspruch des Absenders gegen den Postfiskus weggefallen. Es ist aber durch die postordnungsmäßige Bestellung allein noch nicht entschieden, daß im Verhältnis des Absenders zum Empfänger der letztere die Sendung als in Empfang genommen gelten lassen muß, wenn er in Wahrheit die Postsendung nicht erhalten hat, z. B. wenn ein zu seiner Vertretung nicht Bevollmächtigter auf Grund der Abholungserklärung oder der Einräumung eines Schließfaches oder der Postvollmacht die Postsendung erhalten und unterschlagen hat. Es entscheidet hier vielmehr ein anderer Gesichtspunkt. Treu und Glauben verlangt nämlich im kaufmännischen Verkehr (und zwar auch außerhalb von Vertragsverhältnissen) ganz allgemein, daß ein Kaufmann, nicht nur ein Bankier dafür Sorge trägt, daß die ihm von der Post ordnungsmäßig gemachten Bestellungen von Wertsendungen auch in seine Hände gelangen, daß er also die Gefahr des Mißbrauchs der Abholungsvollmacht usw. trägt (RG. 35, 327). Anm. 3.

c) Eine Haftung der Post für gewöhnliche Briefe findet nach § 6 Abs. 5 des Postgesetzes nicht statt. Eine solche Haftung kann auch nicht aus den Bestimmungen des BGB. hergeleitet werden. Denn das Postgesetz hat die Haftung der Post für die Postsendungen erschöpfend geregelt, so daß eine Haftung der Post, die sich nicht aus dem Postgesetz selbst ergibt, ausgeschlossen ist. Hieran ist durch Art. 32 EG. z. BGB. nichts geändert worden (OLG. Stuttgart DJZ. 03, 130; Schmidt in Gruch. 33, 184; Mittelstein 37 u. 112; Frankenburger in DJZ. 05, 948; Scholz in Gruch. 47, 561 u. DJZ. 06, 148; Dambach § 12 Nr. 5; a. M. RG. 19, 101). Anm. 4.

Digitized by Google

§ 452. Auch eine Haftung der Post für die unrichtige Zustellung gerichtlicher Schriftstücke ist mangels einer entsprechenden Bestimmung des Postgesetzes nicht gegeben. Denn auch Schriftstücke, die durch die Post nach den Bestimmungen der CPO. zuzustellen sind, bilden an sich, sofern sie nicht eingeschrieben sind, nur gewöhnliche Briefsendungen (RG. 57, 153). Die Zollverwaltung haftet für die ihr von der Post zur zollamtlichen Behandlung abgegebenen Postsendungen, so daß sie jedes Verschulden vertreten muß. Allein der Umfang des Schadensersatzes richtet sich danach, wie die Post haften müßte, wenn die Sendung bei ihr abhanden gekommen oder beschädigt worden wäre (RG. 48, 255).

Anm. 5. d) Über die Bedeutung der Postschließfächer und Postvollmacht für das Zugehen von Willenserklärungen s. Exk. zu § 361 Anm. 6.

Siebenter Abschnitt.

Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

§ 453.

§ 453. Eine dem öffentlichen Güterverkehre dienende Eisenbahn darf die Uebernahme von Gütern zur Beförderung nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station innerhalb des Deutschen Reichs nicht verweigern, sofern

1. der Absender sich den geltenden Beförderungsbedingungen und den sonstigen allgemeinen Anordnungen der Eisenbahn unterwirft;
2. die Beförderung nicht nach gesetzlicher Vorschrift oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung verboten ist;
3. die Güter nach der Eisenbahnverkehrsordnung oder den gemäß der Verkehrsordnung erlassenen Vorschriften und, soweit diese keinen Anhalt gewähren, nach der Anlage und dem Betriebe der betheiligten Bahnen sich zur Beförderung eignen;
4. die Beförderung mit den regelmäßigen Beförderungsmitteln möglich ist;
5. die Beförderung nicht durch Umstände, die als höhere Gewalt zu betrachten sind, verhindert wird.

Die Eisenbahn ist nur insoweit verpflichtet, Güter zur Beförderung anzunehmen, als die Beförderung sofort erfolgen kann. Inwieweit sie verpflichtet ist, Güter, deren Beförderung nicht sofort erfolgen kann, in einstweilige Verwahrung zu nehmen, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung.

Die Beförderung der Güter findet in der Reihenfolge statt, in welcher sie zur Beförderung angenommen worden sind, sofern nicht zwingende Gründe des Eisenbahnbetriebs oder das öffentliche Interesse eine Ausnahme rechtfertigen.

Eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften begründet den Anspruch auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens.

Lit.: Eger, Das deutsche Frachtrecht mit besonderer Berücksichtigung des Eisenbahnfrachtrechts (2) 1880—91, Bd. III; derselbe, Die Eisenbahn-Verkehrsordnung (2) 1901; derselbe, Das internationale Übereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr (2) 1903; Rosenthal, Internationales Eisenbahnfrachtrecht, 1894; Wanninger, Die Abänderungen des Eisenbahnfrachtrechts, Passau 1898; Gerstner, Internationales Eisenbahnfrachtrecht; derselbe, Der neueste Stand des Berner internationalen Übereinkommens, 1901; v. d. Leyen, Die Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands in ZHR. 41, 501; derselbe, Die Fortbildung des Eisenbahnfrachtrechts in ZHR. 49, 381; Gorden, Die Eisenbahnverkehrsordnung, 1900; derselbe in EisenbE. 14, 177; 15, 75; Coermann, Die deutsche und internationale Frachtgesetzgebung, 1901; derselbe in EisenbE. 16,

Digitized by Google

175; 22, 204 u. 323; Hertzer, Handkommentar der Eisenbahnverkehrsordnung, 1902; derselbe in Z. d. Ver. d. Eisverw. 06 Nr. 31; Ritter, Die Haftung der Eisenbahn als Frachtführer in Sped.- u. Schiffztg. 05, 513; derselbe, Die Entschädigungsforderungen nach dem Eisenbahnfrachtrecht, Leipzig 1905; Fritsch, Handbuch der Eisenbahn-Gesetzgebung, Berlin 1906; Köhne, Grundriß des Eisenbahnrechts, Berlin 1906. § 453.

Vorbemerkung zum siebenten Abschnitt.

1. **Die Systematik der neuen eisenbahnfrachtrechtlichen Bestimmungen und der neue rechtliche Charakter der Verkehrsordnung.** Der Abschnitt „Von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen insbesondere" hat schon in systematischer Hinsicht eine Änderung insofern erfahren, als in dem entsprechenden Abschnitt des neuen HGB. auch die Personenbeförderung mit der Eisenbahn zum Gegenstand einer allgemeinen Vorschrift gemacht ist (§ 472), so daß dieser Abschnitt nicht mehr eine Unterabteilung der Bestimmungen über das Frachtgeschäft, sondern einen besonderen Abschnitt unter entsprechender Überschrift bilden mußte. Die Überschrift dieses selbständigen Abschnitts lautet jetzt: „Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen". Daß die allgemeinen Vorschriften über das Frachtgeschäft ergänzend Anwendung finden, ist zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich gesagt (§ 454). Eine fernere grundsätzliche systematische Anordnung liegt in folgendem: Die Vorschriften über die Haftung der Eisenbahnen waren im alten HGB. in der Weise gegeben, daß dieses der Vertragsfreiheit bestimmte Grenzen setzte. Die Befugnis, innerhalb dieser Grenzen den Frachtvertrag abzuschließen, ist stets in der Weise ausgeübt worden, daß die betreffenden Beschränkungen der Haftpflicht in die Beförderungsbedingungen der Eisenbahn aufgenommen und hierdurch zum Bestandteile jedes einzelnen Frachtvertrags gemacht wurden. Aber diese Regelung steht mit der wirklichen Sachlage nicht mehr im Einklang, weil die Befugnis der Eisenbahnen, den Umfang ihrer Haftpflicht festzusetzen, weggefallen ist, seitdem die den Vertragsinhalt bildenden Bestimmungen im Verordnungswege in bindender Weise vorgeschrieben sind. Da nun die Vertragsfreiheit tatsächlich weggefallen ist, so erschien es einfacher, die Haftung der Eisenbahnen derart zu regeln, daß die betreffenden Vorschriften unmittelbar, d. h. ohne den Umweg einer Aufnahme in den Frachtvertrag, zur Anwendung kommen. Das neue HGB. hat daher die betreffenden Bestimmungen der Verkehrsordnung in sich aufgenommen (vgl. D. 268). Anm. 1.

Dabei sind die Vorschriften in möglichsten Einklang mit den Vorschriften des Berner Vertrages gebracht worden (vgl. über diesen § 454 Anm. 2).

Im übrigen bleibt die Ausgestaltung des Eisenbahnfrachtrechts der Verkehrsordnung vorbehalten. Aber diese erhält einen anderen Charakter. Ihre Bestimmungen kommen nicht mehr als Bestandteile des einzelnen Frachtvertrages zur Geltung, sondern als Rechtssätze. Die Verkehrsordnung ist zur Rechtsverordnung erhoben. Damit soll erreicht werden, daß die Auslegung ihrer Vorschriften durch das Revisionsgericht nachgeprüft werden kann, was richtiger Ansicht nach früher nicht der Fall war (vgl. 5. Aufl. Art. 422 § 7). Indessen ist diese Erhebung zur Rechtsverordnung nicht ausdrücklich erfolgt. Sie soll nach der D. 269 unzweifelhaft daraus hervorgehen, daß nach den §§ 454 u. 471 ihren Bestimmungen innerhalb gewisser Grenzen der Vorrang vor den allgemeinen Vorschriften des HGB. eingeräumt und auch sonst mehrfach auf ihre Bestimmungen zur Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften verwiesen und jede Vereinbarung, die mit der Verkehrsordnung in Widerspruch steht, für nichtig erklärt ist. Man wird nicht umhin können, dieser Absicht des Gesetzgebers gemäß der Verkehrsordnung den Charakter als Rechtsverordnung beizulegen, obwohl es einfacher gewesen wäre, ausdrücklich auszusprechen, daß die Verkehrsordnung zur Rechtsverordnung erhoben werde. Zurzeit gilt für ganz Deutschland außer Bayern die vom Bundesrat erlassene, vom Reichskanzler verkündete Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Okt. 1899 (RGBl. 557) mit ihren Abänderungen durch die Bek. vom 18. Juni 1902 (RGBl. 236), vom 3. Febr. 1904 (RGBl. 29), vom 25. März 1904 (RGBl. 143), vom 6. Juli 1904 (RGBl. 253), vom 4. Febr. 1905 (RGBl. 7). In Bayern ist durch Verordnung des Verwesers von Bayern vom 24. Dezbr. 1899 § 28 das Staatsministerium des Königlichen Hauses und des Äußern ermächtigt worden, die Anm. 2.

Digitized by Google

§ 453. Eisenbahnverkehrsordnung zu erlassen und von dieser Ermächtigung ist durch Verordnung vom 16. Dezbr. 1899 (Nr. 81 des Verordnungs- und Anzeigeblattes für die Königlich Bayerischen Verkehrsanstalten) dahin Gebrauch gemacht, daß die Eisenbahnverkehrsordnung für das Reich auch in Bayern mit geringen, hier nicht interessierenden Abweichungen eingeführt wurde.

Anm. 3. Bezieht sich jener rechtliche Charakter der Verkehrsordnung auch auf spätere Veränderungen der Verkehrsordnung? Die Frage muß bejaht werden. Da schon in den einleitenden Vorschriften der Verkehrsordnung die Möglichkeit erwähnt ist, unter besonderen Voraussetzungen abweichende Bestimmungen zu treffen, und das neue HGB. in bewußter Berücksichtigung dieser Möglichkeit eine negative Vorschrift nicht aufgestellt hat, vielmehr aus den §§ 471, 472 das Gegenteil zu entnehmen ist, so besteht kein Hindernis für eine Ergänzung und Umarbeitung der Verkehrsordnung vorbehaltlich der aus dem HGB. sich ergebenden Einschränkungen (so zutreffend Wanninger 7). So ist denn auch die Verkehrsordnung, die zur Zeit der Verkündung des neuen HGB. in Geltung war, später neu bearbeitet, verändert und ergänzt worden, und zur Ergänzung des neuen HGB. dient natürlich diese neue, vom 26. Okt. 1899 datierte mit ihren Abänderungen. Von Laband DJZ. 00, 509, Staatsrecht III, 123, 124 wird die Rechtsgültigkeit der Verkehrsordnung um deswillen verneint, weil sie als Rechtsverordnung nur durch Spezialgesetz oder zwar vom Bundesrat aber nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung hätte erlassen werden dürfen. Jedoch zu Unrecht. Durch das neue HGB. sollte nur der rechtliche Charakter der Verkehrsordnung sich ändern, im übrigen sollte an den Grundlagen, auf den die Verkehrsordnung nach den Vorschriften der Reichsverfassung beruht, nichts geändert werden (D. 289). Dies ist im Gesetz auch erkennbar dadurch zum Ausdruck gelangt, daß die Bezeichnung „Eisenbahnverkehrsordnung" beibehalten worden ist. Ebenso wie hierunter zunächst die alte, ebenfalls vom Bundesrat erlassene Verkehrsordnung vom 15. Nov. 1892 fiel, so muß dies auch für die neue an deren Stelle getretene Verkehrsordnung vom 26. Okt. 1899 gelten. Ferner weist auch die Vorschrift des § 471 unmittelbar darauf hin, daß die Verkehrsordnung nicht als ein Sondergesetz gedacht ist. Denn nur, wenn sie im Verordnungswege zu erlassen ist, bedurfte es der ausdrücklichen Bestimmung, daß die Verkehrsordnung trotz ihres Charakters als Rechtsverordnung nicht gewisse Bestimmungen des HGB. ausschließen oder beschränken dürfe. (Gegen Laband auch Reindl in EisenbE. 17, 77; Harburg in DJZ. 01, 59; Kaufmann ebenda 01, 185; Arndt in PreußJ. 01, 323; Goez in WürttJ. 13, 122; Scherer in JW. 02, 57; Mode in DJZ. 04, 1084; Graßberger in DJZ. 06, 59; Müller in BadRpr. 05, 363).

Anm. 4. Zu erwähnen ist, daß die Vorschriften der Verkehrsordnung zwingendes Recht sind, und zwar in noch höherem Grade zwingendes Recht, als die zwingenden Vorschriften des HGB. Denn ihr Zwangscharakter gilt nicht nur für die Pflichten, sondern auch für die Rechte der Eisenbahn, und wirkt nicht nur zuungunsten, sondern auch zugunsten der Eisenbahn. Deshalb ist ebensowohl eine Abschwächung, wie eine Verschärfung ihrer Verpflichtungen, ebensowohl eine Erweiterung, wie eine Verringerung ihrer Rechte durch Parteiabrede unzulässig (§ 471 Abs. 2). Offenbar will das Gesetz verhindern, daß die Eisenbahn willkürlich einem Absender günstigere Bedingungen bewilligt, als dem anderen (Cosack § 85 III 2 b). Für die Vorschrift der Eisenbahnverkehrsordnung über die Personenbeförderung gilt dies übrigens nicht (vgl. zu § 472).

Anm. 5. 2. **Das Zustandekommen des Eisenbahnfrachtvertrages.** Nach § 54 Nr. 1 VerkO. ist der Frachtvertrag erst dadurch abgeschlossen, daß das Gut mit dem Frachtbrief von der Versandstation zur Beförderung angenommen ist. Damit hat der inländische Eisenbahnvertrag denselben rechtlichen Charakter erhalten, den nach Art. 8 des Berner Vertrages der internationale Frachtvertrag schon bisher hatte, d. h. es ist ein Realvertrag und zugleich Formalvertrag: Realvertrag, indem er nur durch Hingabe und Annahme des Gutes zustande kommt; Formalvertrag, indem seine Gültigkeit durch die bestimmte Form, Ausstellung und Übergabe des Frachtbriefes bedingt ist; dieser ist ein wesentlicher Teil des Vertrages. Vor der Übergabe des Gutes und dem Vollzuge der vorgeschriebenen Frachtbriefförmlichkeiten ist keinerlei obligatorische Verpflichtung unter den Parteien entstanden. (Vgl. Rosenthal 52; Gorden in EisenbE. 14, 178;

Digitized by Google

Eger § 54 VerkO. Anm. 235.) Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß im einzelnen Falle der Beweis eines früheren Abschlusses des Frachtvertrags in anderer Weise geführt wird (RG. 2, 36). Besonderheiten gelten für den Transport von Reisegepäck, Expreßgut, Leichen und lebenden Tieren nach §§ 30, 32, 39, 40, 43, 45 VerkO. Der Transport von Leichen und lebenden Tieren (§§ 43 u. 45 VerkO.) kann auf Grund von Beförderungsscheinen an Stelle von Frachtbriefen erfolgen. Beim Transport von Reisegepäck und Expreßgut (§§ 30, 32, 39, 40 VerkO.) genügt die Ausstellung eines Gepäckscheins, doch kann der Transport von Expreßgut auch mittels Beförderungsschein erfolgen (vgl. § 426 Anm. 18). **§ 453.**

3. **Die Vorschriften der folgenden Paragraphen beziehen sich auf Eisenbahnen, die dem öffentlichen Güterverkehr dienen.** Anm. 6.

a) Auf Eisenbahnen. Darunter ist hier selbstverständlich nicht das zu verstehen, was der Wortlaut ergibt: die Schienenstrecke, sondern es ist der Eisenbahnunternehmer gemeint, mag dieser eine Einzelperson oder eine Gesellschaft oder auch der Staat sein. Die Beschränkung auf Lokomotivbahnen (Keyßner Art. 422 Anm. 10) ist nicht gerechtfertigt, vielmehr werden auch Pferde-, elektrische, Luftdruck-, Drahtseilbahnen hierzu zu rechnen sein (Eger 3, 180; Puchelt Art. 422 Anm. 2). So haben bei der Auslegung des Haftpflichtgesetzes die beiden obersten Gerichte auch die Pferdebahn unter die Eisenbahnen eingereiht (ROHG. 21, 237; RG. 2, 8). So auch die Begriffsbestimmung der Eisenbahnen in RG. 1, 252; ebenso RG. 7, 43 (Dampfkraft nicht wesentlich). Zur Eisenbahn gehört auch der die Überfahrt von Eisenbahnzügen vermittelnde Trajektdampfer (OLG. Stettin OLGR. 13, 12).

b) die dem öffentlichen Güterverkehr dienen. Nicht dahin gehören Privateisenbahnen (z. B. für Fabriken und Bergwerke; RG. 1, 247; 7, 40), auch nicht die noch nicht dem öffentlichen Verkehr übergebenen (Puchelt Art. 422 Anm. 3) oder die ihm (z. B. durch den Krieg) zeitweilig verschlossenen (ROHG. 21, 57). Dagegen ist es nicht erheblich, ob der Betrieb schon konzessioniert ist (ROHG. 21, 57). Aber es muß die Eisenbahn zum Gütertransport dienen. Wenn eine Eisenbahn, die regelmäßig nur Personen befördert, einen einzelnen Gütertransport annimmt, so fällt sie gemäß § 451 unter Abschnitt 6, nicht aber unter §§ 453 ff. (Puchelt Art. 422 Anm. 3). Anm. 7.

4. **Der gesetzgeberische Zweck der Sondervorschriften des Eisenbahnbeförderungsrechts.** Diese Vorschriften sollen der Gefahr vorbeugen, daß die Eisenbahnen ihr tatsächliches Monopol mißbrauchen, um das Publikum zu ungünstigen Bedingungen zu nötigen. Dieser Gefahr wird vorgebeugt durch eine Reihe von Bestimmungen, welche in das sonst unantastbare Prinzip der Vertragsfreiheit eingreifen und gewisse Verabredungen für ungültig erklären. Anm. 8.

II. **Die Erläuterung des vorliegenden Paragraphen.** Anm. 9.

Der vorliegende Paragraph enthält die ersten Vorschriften zur Regelung des Verkehrs der Eisenbahn mit dem Publikum.

1. (Abs. 1.) **Die Eisenbahn kann den Frachtvertrag nicht ablehnen, wenn der Absender gewisse Bedingungen erfüllt.** Hierzu ist zu bemerken:

a) Nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station des Deutschen Reichs darf die Eisenbahn die Beförderung nicht ablehnen. Früher hieß es: „Für ihre Bahnstrecke" (vgl. JW. 87, 355[21]). Was die Beförderung nach auswärtigen Plätzen betrifft, so besteht insoweit, als es sich um Gütersendungen handelt, auf die der Berner Vertrag Anwendung findet, nach den Vorschriften des letzteren die gleiche Transportpflicht, wie im Inlandverkehr (Art. 5 des Berner Vertrages), in anderen Fällen aber besteht eine unbedingte Verpflichtung zur Übernahme von Transporten nach dem Auslande nicht. Insoweit kann sie also die Übernahme der Beförderung von Gütern mit durchgehenden Frachtbriefen ablehnen oder von Bedingungen abhängig machen (vgl. RG. 18, 170). Die hier angeordnete Verpflichtung kann im Rechtswege erzwungen werden (RG. 18, 170). Auch verpflichtet Nichterfüllung zum Schadensersatz (vgl. Abs. 4 unseres Paragraphen).

b) Die regelmäßigen Transportmittel (Nr. 4) sind nicht die, die die Eisenbahn regelmäßig tatsächlich hat, sondern die, deren sie zum regelmäßigen Betriebe bedarf. Sie ist schadens- Anm. 10.

Digitized by Google

§ 453. ersatzpflichtig (vgl. Abs. 4), wenn sie weniger Transportmittel hat, als zum regelmäßigen Betriebe erforderlich sind, und sie infolgedessen Frachtverträge ablehnen muß. Der regelmäßige Betrieb ist nicht nur der, der sich täglich ereignet, sondern auch periodisch wiederkehrende verstärkte Bedürfnisse müssen befriedigt werden können. Es müssen z. B. Wagen vorhanden sein zur Bewältigung des Weihnachtsverkehrs, zur Bewältigung des Kohlenversendungsverkehrs, wie er sich nach jahrelangen Erfahrungen gestaltet hat usw.

Anm. 11. c) Beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kann sie den Transport nicht verweigern, auch nicht zeitweilig (Eger 3, 182 und § 6 VerkO. Anm. 20). Hat sie ihn aber übernommen, obwohl sie nicht verpflichtet war, so ist sie dem Absender haftpflichtig (Eger § 6 VerkO. Anm. 20). Die Annahme des Transports gibt aber dem Absender noch kein Recht auf den Rücktransport (ROHG. 16, 195).

Anm. 12. d) Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vor, so kann die Bahn den Transport verweigern.

Sie kann von dem Zurückweisungsrechte auch dahin Gebrauch machen, daß sie Bedingungen festsetzt, denn darin liegt ein minus gegenüber der völligen Zurückweisung. Doch müssen auch diese Bedingungen sich innerhalb der durch das Gesetz gegebenen Beschränkungen halten (Hahn Art. 422 § 9 begründet diese an sich bestrittene Ansicht überzeugend). (Vgl. § 50 VerkO.)

Anm. 13. 2. (Abs. 2.) **Zur Vermeidung von Mißverständnissen wird hier die Vertragsfreiheit der Eisenbahnen in einem bestimmten Punkte gewahrt.** Doch hat die VerkO. den Eisenbahnen die im Abs. 2 erwähnte Selbstbeschränkung auferlegt, indem nach § 55 Abs. 2 daselbst die Eisenbahnverwaltungen gehalten sind, die zur Zeit nicht beförderbaren Güter, soweit die Räumlichkeiten zureichen, mit dem Vorbehalt in Verwahrung zu nehmen, daß die Annahme zum Transport erst dann erfolgt, wenn die Verladung des Gutes möglich ist. Doch haftet hierfür die Eisenbahn nur als Verwahrer. Dies bestimmt § 55 VerkO. ausdrücklich, folgt aber auch aus der Natur der Sache von selbst (Schott 481). Dieser Verwahrungsvertrag ist ein selbständiger vom Frachtvertrag unabhängiger Vertrag. Die Verwahrung erfolgt zwar in Erwartung des Abschlusses eines Frachtvertrages. Es braucht aber hierzu nicht zu kommen. Erfolgt der Abschluß des Frachtvertrages, so kann hierdurch der Verwahrungsvertrag nicht nachträglich seine Selbständigkeit wieder verlieren und die Verwahrung zu einer bloßen Nebenverbindlichkeit der Eisenbahn aus dem Frachtvertrage herabsinken (a. M. Düringer-Hachenburg § 453 Note IV). Daraus ergibt sich insbesondere, daß die Vorschriften über Verjährung der Ansprüche wegen Verlustes oder Beschädigung oder Minderung des Gutes (§§ 439, 471) nicht für die Verwahrung gelten, wie auch andererseits die Haftung der Eisenbahn für die Verwahrungszeit nicht nachträglich sich nach §§ 456 ff. bestimmen kann (vgl. RG. 2, 58; a. M. Düringer-Hachenburg a. a. O.). Voraussetzung für den Verwahrungsvertrag ist, daß das Gut der Eisenbahn zur Verwahrung übergeben worden ist. Dazu genügt nicht, daß die Eisenbahn dem Absender, wenn auch auf ihrem Terrain, Eisenbahnwagen zur Verfügung stellt, damit der Absender mit seinen Leuten die Waren einlade (OLG. Hamburg OLGR. 13, 33).

Anm. 14. 3. (Abs. 3.) **Begünstigungen der einzelnen Absender in der Beförderungszeit sind ausgeschlossen.** Aber auch nur Begünstigungen in der Zeit; unbenommen blieb es den Eisenbahnverwaltungen nach dieser Vorschrift, mit den einzelnen Absendern verschiedene Frachtsätze zu vereinbaren (Puchelt-Förtsch Art. 422 Anm. 11) und zwar konnte dies selbst durch stillschweigende Einräumung niedrigerer Frachtsätze geschehen (RG. 4, 74). Indessen haben die Eisenbahnen im Anschluß an Art. 11 des Berner Übereinkommens sich der Beschränkung unterworfen, daß Preisermäßigungen oder sonstige Begünstigungen gegenüber den öffentlichen Tarifen verboten und nichtig sein sollen, abgesehen von Begünstigungen zu milden, öffentlichen oder eisenbahndienstlichen Zwecken, und § 7 VerkO. bestimmt das gleiche. Die Begünstigung in der Zeit bezieht sich nach dem Wortlaut nur auf abgeschlossene Frachtverträge (und alles, was mit der Ausführung zusammenhängt: Verwahrung, Transport, Ablieferung), ist aber weiter auszudehnen auf die Annahme der Anmeldungen von Gütertransportverträgen: die Priorität der Anmeldung entscheidet

Digitized by Google

vorbehaltlich der Beschränkungen durch Einrichtungen der Bahnen, Transportverhältnisse, § 453.
öffentliche Interessen (Hahn Art. 422 § 23). Der Unterschied zwischen Eilfracht und gewöhnlicher Fracht ist durch den vorliegenden Absatz nicht ausgeschlossen (Puchelt Art. 422 Anm. 10).

4. (Abs. 4.) **Die Rechtsfolge der Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften in Abs. 1 und 3** Anm. 15
ist Schadensersatz. Dieser Schadensersatzanspruch ist allerdings eine obligatio ex lege, doch ist die Meinung des Gesetzes nicht die, daß die regelmäßige Voraussetzung der Schadensersatzklage, der Schuldbeweis, hier beseitigt sein soll (Puchelt-Förtsch Anm. 12; Lehmann-Ring § 453 Nr. 2; Düringer-Hachenburg III 647; unzutreffend Eger 3, 196; Makower § 453 VII). Indessen genügt nach § 431 ein Verschulden der Leute. Der Schaden kann verursacht sein nicht nur durch zu späte Beförderung, sondern auch durch die Bevorzugung eines andern, z. B. eines Konkurrenten. Als eine die obligatio ex lege begründende unzulässige Begünstigung hat das ROHG. 20, 373 den Fall angesehen, in dem die Eisenbahn einem Spediteur als Zeitpunkt des Eintritts von Frachterhöhungen ein zu frühes Datum angegeben hatte, wodurch dem Spediteur Aufträge entgangen sind.

Zusatz 1. Erfüllungsort. Der Eisenbahnfrachtvertrag ist wie der gewöhnliche Frachtvertrag Anm. 16.
ein Werkvertrag. Deshalb gilt das im § 425 Anm. 12 über den Erfüllungsort Gesagte auch für den Eisenbahnfrachtvertrag (RG. in Ztg. d. Ver. D. EisenbVerw. 06, 169).

Zusatz 2. Die hier angeordneten Verpflichtungen können weder durch die Verkehrs- Anm. 17.
ordnung, noch durch Vereinbarung ausgeschlossen werden (§ 471).

Zusatz 3. Auch im internationalen Eisenbahnfrachtverkehr besteht der Vertragszwang. Anm. 18.
Zwischen allen Eisenbahnen, die von einem dem Berner Übereinkommen beigetretenen Staate bei dem Zentralamt in Bern angemeldet sind, besteht eine Zwangsgemeinschaft, nach der jede dieser Bahnen Frachtaufträge anzunehmen verpflichtet ist, die nicht nur über die eigene Strecke der Bahn, sondern sogar über die Grenzen ihres Heimatstaates hinausgehen. Man kann somit verlangen, daß die Güterexpedition in Bordeaux ein Frachtgut zur Beförderung nach Odessa annimmt, und zwar auf Grund eines einzigen durchgehenden Frachtbriefes (Berner Übereinkommen Art. 1—5). Das ist, wie Cosack § 86 II 6 mit Recht hervorhebt, um so bedeutsamer, als damit die Eisenbahn, welche das Frachtgut annimmt, die Verantwortung für alle ihr folgenden Bahnen übernimmt (Berner Übereinkommen Art. 27).

§ 454.

Auf das Frachtgeschäft der dem öffentlichen Güterverkehre dienenden Eisen- § 454.
bahnen finden die Vorschriften des vorigen Abschnitts insoweit Anwendung, als nicht in diesem Abschnitt oder in der Eisenbahnverkehrsordnung ein Anderes bestimmt ist.

Lit.: wie zu § 453.

Der vorliegende Paragraph bestimmt, welche Rechtsregeln auf das Frachtgeschäft der Anm. 1.
öffentlichen Bahnen Anwendung finden.

1. In erster Linie sind die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts anzuwenden.
2. Soweit dieser Lücken läßt, entscheidet die vom Bundesrat erlassene Eisenbahnverkehrsordnung. Näheres über dieselbe siehe § 453 Anm. 1—4.
3. Ergänzend, d. h. soweit die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts und die Verkehrsordnung die Entscheidung der Frage nicht enthalten, entscheiden die Vorschriften des vorigen Abschnitts, also die allgemeinen Vorschriften über das Frachtgeschäft.
4. Hinzuzufügen ist, daß natürlich auch das sonstige Handelsrecht und das BGB. ergänzende Anwendung finden, und endlich, daß die Vereinbarungen der Parteien, soweit solche nach dem Gesetze oder nach der Verkehrsordnung überhaupt zulässig sind, in erster Linie maßgebend sind.

Zusatz. Internationaler Eisenbahnfrachtverkehr. Auf Güterversendungen, die aus dem Anm. 2.
Gebiete eines nicht deutschen Staates, der dem internationalen Übereinkommen über den Eisen-

Digitized by Google

§ 454. bahnfrachtverkehr in der Fassung des Zusatzübereinkommens vom 16. Juni 1898 beigetreten ist, in das Gebiet des Deutschen Reichs auf Grund eines durchgehenden Frachtbriefs erfolgen, finden gemäß Art. 1 Bern. FrachtÜb. die Bestimmungen des internationalen Übereinkommens Anwendung. Diesen Bestimmungen kommt für die vom Übereinkommen beherrschten Frachtverträge ausschließliche Geltung zu. Vgl. auch § 1 VerkO. Eingangsbestimmung I Nr. 1 (RG. in LZ. 07, 223).

§ 455.

§ 455. **Die Eisenbahn ist verpflichtet, auf Verlangen des Absenders den Empfang des Gutes unter Angabe des Tages, an welchem es zur Beförderung angenommen ist, auf einem Duplikate des Frachtbriefs zu bescheinigen; das Duplikat ist von dem Absender mit dem Frachtbriefe vorzulegen.**

Im Falle der Ausstellung eines Frachtbriefduplikats steht dem Absender das im § 433 bezeichnete Verfügungsrecht nur zu, wenn er das Duplikat vorlegt. Befolgt die Eisenbahn die Anweisungen des Absenders, ohne die Vorlegung des Duplikats zu verlangen, so ist sie für den daraus entstehenden Schaden dem Empfänger, welchem der Absender die Urkunde übergeben hat, haftbar.

Lit.: wie zu § 453.

Der vorliegende Paragraph legt der Eisenbahn die Verpflichtung auf, den Empfang des Gutes auf einem Frachtbriefduplikat zu bescheinigen.

Anm. 1. 1. Auf Verlangen des Absenders hat die Eisenbahn diese Verpflichtung zu erfüllen. Hier ist also die Ausstellung des Frachtbriefduplikats fakultativ, d. h. von dem Verlangen des Absenders abhängig. Nach dem Berner Übereinkommen (Art. 8 Abs. 5, Art. 15 Abs. 2) ist sie für den internationalen Verkehr notwendig. Im Inlandverkehr muß die Eisenbahn sie dann erteilen, wenn der Absender die Bescheinigung verlangt. Sie ist sonst schadensersatzpflichtig (§ 347 Anm. 11). Ein Frachtbriefduplikat ist eine zweite Ausfertigung, nicht eine Abschrift des Frachtbriefs (vgl. z. B. Art. 66 u. 70 WO.), was wegen der Unterschrift von Bedeutung ist.

Anm. 2. 2. Die Ausstellung des Frachtbriefduplikates hat die rechtliche Wirkung, daß der Absender in der Ausübung seines Verfügungsrechtes beschränkt ist. Er besitzt zwar nach wie vor das volle Verfügungsrecht, von seinen Verfügungsbefugnissen nach § 433 kann der Absender aber im Falle der Ausstellung des Frachtbriefduplikats nur noch unter Vorlegung des Duplikats Gebrauch machen (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 493). Auf den Dritten, dem der Versender das Frachtbriefduplikat ausgehändigt hat, und sei dies auch der Empfänger, überträgt er aber seine Verfügungsbefugnis nicht, nur er selbst ist in der Ausübung beschränkt. Hat daher der Empfänger das Frachtbriefduplikat vom Absender ausgehändigt erhalten, so kann keiner von beiden verfügen. Das Gut ist gewissermaßen neutral (Cosack § 87 II). Da die Verfügungsbefugnis auf den Empfänger nicht übergeht, auch wenn ihm das Frachtbriefduplikat vom Absender übergeben wird, so hat das Frachtbriefduplikat nicht den Rechtscharakter des Ladescheins, was früher im § 57 Abs. 4 VerkO. ausdrücklich ausgesprochen war und jetzt als überflüssig weggelassen ist.

Anm. 3. Die Einschränkung der Verfügungsbefugnisse des Absenders in ihrer Ausübung besteht nicht nur der Eisenbahn, sondern auch dem Empfänger gegenüber. Der Empfänger ist, wenn er das Frachtbriefduplikat in seiner Hand hat, nicht nur dadurch geschützt, daß die Eisenbahn die Verfügung des Absenders nicht zu beachten braucht, sondern auch dadurch, daß sie seine Verfügungen nicht beachten darf, eine Verpflichtung, die sie dem Empfänger gegenüber beobachten muß, widrigenfalls sie diesem zum Schadensersatz verpflichtet ist. Dies ist im Abs. 2 unseres Paragraphen zum Ausdruck gebracht. Der Empfänger erwirbt also durch die Übergabe des Duplikats eine durch die einseitige Anordnung des Absenders nicht mehr entziehbare Anwartschaft auf den demnächstigen

Digitized by Google

Erwerb der Rechte aus dem Frachtvertrage, und zwar nicht nur auf Aushändigung des Frachtbriefes und des Gutes, wenn dieses ankommt, sondern auch dann, wenn es an dem Ablieferungsorte hätte ankommen müssen, falls die Gegenweisungen des Absenders nicht befolgt worden wären. Dies ergibt sich aus § 455 Abs. 2 und stellt sich als eine ausnahmsweise Erweiterung der Rechte des Empfängers dar. Trifft dagegen das Frachtgut nicht am Bestimmungsorte ein, ohne daß eine Gegenweisung des Absenders erteilt wurde, so bleibt es bei der Regel des § 435. (So überall zutreffend Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte, 496). § 455.

3. Die Vorschriften dieses Paragraphen können weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Verkehrsordnung enthält zur Ausführung dieser Vorschrift einige Bestimmungen (§§ 54 Abs. 5, 64 Abs. 2, 65 Abs. 4, 73 Abs. 2 VerkO.). Diese Bestimmungen der Verkehrsordnung können durch Vertrag überhaupt nicht geändert werden, auch nicht so, daß die Abänderungen dem Publikum günstiger sind (§ 471). Anm. 4.

4. Wie nun, wenn das Duplikat verloren ist? Eine Kraftloserklärung ist nicht vorgesehen und auch nicht möglich. Wie ist dem Absender in solchem Falle zu helfen? Geht man davon aus, daß die Vorschrift im Interesse des Empfängers gegeben ist, so muß man annehmen, daß der Absender trotz des Verlustes des Duplikats wirksam verfügen kann, nachdem der Empfänger die Annahme verweigert hat oder wenn er mit der Verfügung sich einverstanden erklärt, oder zur Erteilung der Einwilligung rechtskräftig verurteilt ist. Auch dürfte es nach dem Prinzip von Treu und Glauben genügen, wenn der Absender den Verlust des Duplikats nachweist und dem Frachtführer wegen der ihm drohenden Nachteile Sicherheit leistet (Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte, 495). Anm. 5.

§ 456.

Die Eisenbahn haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung entsteht, es sei denn, daß der Schaden durch ein Verschulden oder eine nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten, durch höhere Gewalt, durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage, verursacht ist. § 456.

Die Vorschrift des § 429 Abs. 2 findet Anwendung.

Lit.: Feld, Die Haftpflicht der Eisenbahnen für Bruch von Gußwaren in EisenbE. 19, 170; Rundnagel, Die Haftung der Eisenbahn für Verlust, Beschädigung und Lieferungsfristüberschreitung, Leipzig 06; Dilloo, Die Einschränkung der Haftpflicht für Eisenbahnen durch die Bedingungen für Einstellung von Privatgüterwagen in EisenbE. 23, 79. Im übrigen wie zu § 453.

Der vorliegende Paragraph regelt die Haftpflicht der Eisenbahn für Verlust oder Beschädigung des Gutes. Die Vorschrift schließt sich an die frühere Vorschrift des Art. 395 an, die für den Frachtvertrag überhaupt galt. Einleitung.

I. Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift.

Die Vorschrift erhält ihre rechtliche Bedeutung eigentlich erst durch ihre in § 471 angeordnete Unabänderlichkeit. Diese Unabänderlichkeit ist, wie folgt, angeordnet. Die im vorliegenden Paragraphen angeordnete Haftung darf weder durch die Eisenbahnverkehrsordnung noch durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden, und zwar bei Strafe der Nichtigkeit. Anm. 1.

Nun ist aber die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen auch in die Verkehrsordnung aufgenommen worden (§ 75 VerkO.). Das ist an sich zulässig, denn nur solche Vorschriften

Digitized by Google

§ 456. dürfen in die Verkehrsordnung nicht aufgenommen werden, durch die die gesetzliche Haftpflicht ausgeschlossen oder beschränkt wird; dagegen ist eine Wiederholung der gesetzlichen Haftpflicht in der Verkehrsordnung gestattet. Diese Wiederholung ist aber keineswegs rechtlich bedeutungslos. Sie hat vielmehr die sehr erhebliche Rechtsfolge, daß nunmehr gegen den Inhalt dieser Bestimmung Abreden überhaupt nicht zulässig sind, weder solche, durch die die Haftpflicht der Eisenbahn gemildert wird, noch solche, die sie erweitern, so daß eine Bestimmung ungültig wäre, nach der die Eisenbahn für jeden Schaden und ohne die Entschuldigungsgründe unseres Abs. 1 haftet. Denn der § 471 Abs. 2 erklärt für nichtig jede Vereinbarung, die mit den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung im Widerspruche steht (vgl. § 453 Anm. 4). Die Verkehrsordnung ist natürlich der Abänderung durch eine neue Verordnung des Bundesrats fähig (vgl. § 453 Anm. 3).

Auch wird schon hier darauf hingewiesen, daß nach § 461 die Eisenbahnen die Beschränkung der Haftung auf einen Höchstbetrag unter gewissen Bedingungen vorsehen können, was jedoch mehr den folgenden Paragraphen berührt, als den vorliegenden.

II. Der Umfang der Haftung.

Anm. 2. 1. (Abs. 1.) **Regel** ist, daß die Eisenbahn ohne weiteres für den durch Verlust oder Beschädigung entstandenen Schaden haftet, d. h. nicht etwa nur, wenn sie ein Verschulden trifft, sondern auch ohne ein solches; nur Verschulden des Verfügungsberechtigten, höhere Gewalt, mangelhafte Verpackung und natürliche Beschaffenheit des Gutes entschuldigen die Eisenbahn.

a) **Der Absender hat zu beweisen:**

Anm. 3. α) **daß das Frachtgut verloren oder beschädigt ist.** Über die Begriffe Verlust und Beschädigung siehe § 429 Anm. 5 u. 6.

Nach § 79 VerkO. kann der Absender das Gut ohne weiteren Nachweis als in Verlust geraten betrachten, wenn sich dessen Ablieferung um mehr als 30 Tage nach Ablauf der Lieferfrist verzögert. Diese Vorschrift ist gültig, denn sie enthält eine Erweiterung der Haftpflicht der Eisenbahn. Der Absender kann sich schlechthin auf den Ablauf der Frist berufen, ohne daß der Eisenbahn der Einwand zusteht, daß sie noch in der Lage sei, das Gut herbeizuschaffen. Andererseits ist der Absender auch nicht gehindert, vor Ablauf der Frist seinen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. In diesem Falle aber muß er den Nachweis des eingetretenen Verlustes durch Widerlegung des Einwandes der Eisenbahn erbringen.

Anm. 4. β) **Daß der Schaden in der Zwischenzeit zwischen Empfangnahme und Ablieferung entstanden ist.** Über diese Begriffe siehe Anm. 7—9 zu § 429. Wenn ein Eisenbahnwagen von Eisenbahnbeamten an den Speicher des Absenders gerollt wurde und dort unter dessen Obhut von seinen Leuten beladen wurde, so liegt die Empfangnahme erst dann vor, wenn die Eisenbahn den beladenen Wagen wieder in ihre Obhut genommen hat (KG. in EisenbE. 22, 365; OLG. Marienwerder in Sped.- u. SchiffZtg. 06, 471).

Damit ist aber natürlich nicht gesagt, daß die Eisenbahn für Schaden, der außerhalb dieser Zeit entsteht, überhaupt nicht haftet. Es soll nur gesagt sein, daß sie für solchen anderweiten Schaden nicht haftet auf Grund des Frachtvertrages; allenfalls haftet sie dafür als Verwahrerin.

Wenn die Eisenbahn bei der Verwiegung an der Versandstation irrtümlicherweise ein höheres Gewicht angibt, so daß sich am Bestimmungsort ein Verlust ergibt, so steht der Eisenbahn der Nachweis frei, daß sie sich bei der Verwiegung geirrt hat, der Schaden also nicht während des Transportes eingetreten ist (BezGer. Wien EisenbE. 20, 353 u. 21, 251; AppG. Nancy EisenbE. 21, 265; Kassationshof Florenz Z. f. d. internat. EisenbTr. 04, 172).

Anm. 5. γ) **Der Absender hat nicht ein Verschulden der Eisenbahnverwaltung oder ihrer Leute zu beweisen,** ja selbst die Eisenbahn befreit sich nicht durch den Nachweis, daß sie oder einen ihrer Leute ein Verschulden nicht trifft (vgl. vielmehr das folgende).

Anm. 6. b) **Gegenüber den gedachten, den Ersatzanspruch an sich begründenden Tatsachen befreit sich die Eisenbahn nicht, wie ein sonstiger Frachtführer nach § 429, durch den Nachweis, daß**

Digitized by Google

weder sie noch ihre Leute ein Verschulden trifft; vielmehr hat sie zu beweisen, daß höhere Gewalt oder einer der drei anderen hier aufgezählten Umstände den Schaden verursacht hat. Doch braucht die Eisenbahn, wenn sie ein Ereignis darlegt, das den Schaden herbeigeführt hat und als höhere Gewalt zu betrachten ist, z. B. einen Orkan, nicht noch außerdem darzulegen, welche Maßregeln zur Rettung sie im einzelnen getroffen hat. Vielmehr hat dann der Geschädigte zu beweisen, welche Maßregeln zur Rettung schuldvoll unterblieben sind (ROHG. 19, 216; Bolze 6 Nr. 530). § 456.

c) **Höhere Gewalt.** Der Begriff ist gesetzlich nicht bestimmt. Jedoch sind die Ausleger und die Rechtsprechung darüber einig, daß darunter alle von außen, d. h. außerhalb des Betriebsunternehmens, kommenden Ereignisse zu verstehen sind, die nach menschlicher Einsicht nicht vorauszusehen und deren Eintritt und Wirkungen auch durch die zweckmäßigsten Vorkehrungen, sofern diese noch zu dem durch sie zu erreichenden Erfolge nach der Verkehrsanschauung in vernünftigem Verhältnisse stehen, nicht abgewendet werden können (Cosack § 90 II 1a; Eger 1, 256; Hahn Art. 395 §§ 10ff.; Keyßner Anm. 1; Puchelt Art. 395 Anm. 15; Schott bei Endemann III 329; ROHG. 2, 248; 8, 26 u. 159; RG. 21, 16; 60, 304; JW. 92, 484[24]; OLG. Kiel u. LG. Hamburg in ZHR. 40, 537). Es kommt somit immer auf den einzelnen Fall an, ob ein Ereignis als höhere Gewalt aufzufassen ist (OG. Wien in Holdheim 15, 254). Anm. 7.

α) Zunächst sind es also Ereignisse, welche von außen kommen. Das liegt im Worte „Gewalt". Darunter ist eine äußere Gewalt zu verstehen, die in die Ausführung des Transports eingreift; gleichgültig ist, ob diese Gewalt ein Naturereignis ist (Brand, Überschwemmung, Blitz, Sturm [Bolze 6 Nr. 530], Bergsturz Erdbeben) oder auf menschliche Einwirkung zurückzuführen ist (Diebstahl, Gewalt, Raub, Krieg, Aufruhr, Plünderung, unverständiges Gebahren von Kindern), gleichgültig auch, ob das Ereignis unmittelbar oder mittelbar eingreift. Unfälle dagegen, die durch den Frachtbetrieb des Frachtführers entstanden sind, die gerade in der gefährdenden Natur des Eisenbahnbetriebes ihren Grund haben, fallen nicht unter den Begriff der höheren Gewalt (RG. 44, 27; 50, 94; 54, 406). Beispiele: Es haftet die Eisenbahn für die Folgen einer Entgleisung, die durch den Bruch einer Achse verursacht ist, wenn ihre Beschaffenheit daran schuld war; nicht jedoch, wenn eine von ruchloser Hand hineingeworfene Bombe den Bruch verursacht hat; die Eisenbahn haftet, wenn eine plötzlich eingetretene Geistesstörung des Lokomotivführers die Entgleisung verursacht hat; es sei denn, daß die Geistesstörung durch ein plötzliches äußeres Ereignis, etwa einen Blitzschlag, verursacht wäre. Ein von außen auf das Gut einwirkendes Ereignis braucht aber nicht notwendigerweise auch auf den Eisenbahnwagen von außen her einzuwirken. Es kann sich in diesem selbst vollziehen (RG. in EisenbE. 18, 204). Anm. 8.

β) Sodann müssen es Ereignisse sein, deren Eintritt nicht vorauszusehen und durch Anwendung geeigneter Vorkehrungen nicht zu vermeiden waren. Das liegt im Worte „höhere". Es muß aber das Ereignis nicht gerade unbedingt unvermeidlich gewesen sein, vielmehr kann sogenannte relative Unvermeidlichkeit vorgelegen haben. Man kann dem Frachtführer nicht zumuten, bombensichere Schuppen zu haben, um die durch eine Explosion von Sprengstoffen drohende Gefahr durchaus auszuschließen, oder stets Feuerwehrmannschaften bei sich zu führen, um jeden Feuerschaden zu verhüten usw. Das würde eine allzu große Belästigung für den Frachtführer oder aber, da dieser die Kosten auf den Absender abwälzen würde, für diesen sein. Deshalb begnügt man sich allgemein mit der relativen Unvermeidlichkeit, wie sie oben Anm. 7 bei der Definition der höheren Gewalt erwähnt ist (vgl. die Zitate daselbst). Liegt aber auch relative Unvermeidlichkeit nicht vor, hat vielmehr umgekehrt der Frachtführer durch sein schuldhaftes Verhalten das Gut in die Lage gebracht, in der es von der höheren Gewalt betroffen wurde, dann haftet er (ROHG. 2, 357). Zufälle, die im Verlaufe des Gewerbeunternehmens, als diesem eigentümlich, mehr oder minder häufig vorzukommen pflegen, und auf die der Unternehmer daher gerüstet und gefaßt sein muß, gehören nicht zur höheren Gewalt (OLG. Hamburg in Anm. 9.

Digitized by Google

§ 456. ZHR. 40, 536; RG. 11, 147; 19, 42; 44, 27; 50, 94; 54, 406). Diese dem Eisenbahnbetrieb eigentümlichen Gefahren hat die Eisenbahn zu tragen, auch wenn sie nach dem Stande der Technik nicht zu verhüten sind (RG. 40, 31). Desgleichen haftet der Frachtführer, wenn er nach Eintritt des als höhere Gewalt zu erachtenden schädigenden Ereignisses nicht alles getan hat, um die schädlichen Folgen des Ereignisses abzuwenden; wenn er z. B. nach Leckwerden des Kahns nicht alles tut, um das Gut zu retten, sondern den Kahn verläßt, um den Eigentümer der Ware zu benachrichtigen (Bolze 14 Nr. 406d). Über die Beweislast in solchem Falle siehe oben Anm. 6. Ob ein Streik der Eisenbahnangestellten als höhere Gewalt anzusehen ist, ist bestritten (vgl. einerseits Handels- u. WechselG. Budapest EisenbE. 23, 343; Schweizer BundesG. EisenbE. 21, 319; Tribunal Mailand EisenbE. 20, 113; andererseits OG. Wien EisenbE. 21, 395; Ung. Tafel Budapest EisenbE. 22, 276; und Baumgarten in EisenbE. 21, 328; Goldschmied in EisenbE. 22, 102). Auf die Entscheidung dieser Frage wird es aber überhaupt nicht ankommen. Denn es ist anzunehmen, daß die in § 456 bestimmte Haftung der Eisenbahn sich nicht auf Fälle vollständiger Betriebseinstellung bezieht. In einem derartigen Falle, also insbesondere bei einer durch einen Streik der Eisenbahnangestellten herbeigeführten Betriebseinstellung, wird die Eisenbahn nur dann haftbar gemacht werden können, wenn ihr hierbei ein Verschulden zur Last fällt (vgl. § 428 Abs. 2; § 65 VerkO.).

Anm. 10. d) **Die anderen den Frachtführer entschuldigenden Tatsachen sind:**

α) Die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich innerer Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage. Die Befreiung der Bahn von der Haftung für Schaden, der durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes verursacht ist, hat den Schaden im Auge, den das Gut im regelmäßigen Lauf der Dinge, also insbesondere auch bei normalem Transportbetrieb durch seine natürliche Beschaffenheit erleidet. § 454 Nr. 4 dagegen enthält eine Vorschrift für den außergewöhnlichen Schaden, der aus der besonderen natürlichen Beschaffenheit des Gutes entspringt (RG. 64, 171). Die Selbstentzündung des Gutes kann sowohl unter den einen als auch unter den anderen Fall gehören (RG. 15, 149; JW. 86, 166[15]). Unter gewöhnlicher Leckage versteht man das regelmäßige Dringen der Flüssigkeit durch die Fugen des Gefäßes ohne äußere Beschädigung. Unter die außergewöhnliche Leckage dagegen fällt das durch äußere oder gewaltsame Beschädigung der Faßtage herbeigeführte Auslaufen, sowie (§ 459 Ziff. 4) das durch die eigentümliche Beschaffenheit des Gutes bewirkte, das gewöhnliche Maß übersteigende Aussickern (OLG. Hamburg OLGR. 7, 390; RG. 56, 402). Um zu beweisen, daß der Schaden durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes entstanden ist, muß die Eisenbahn nicht nur diese Beschaffenheit, sondern auch weiter darlegen, daß sie ihrer eigenen Verpflichtung für die Erhaltung des Gutes genügt habe. Nur dann ist der Schaden „durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes" entstanden, andernfalls ist dies durch ihre Nachlässigkeit geschehen. Sie muß also dartun, daß sie die Glaswaren, Lebensmittel, Explosivstoffe durch Isolierung, Bedeckung usw. behandelt hat, wie sie ordnungsmäßig zu behandeln sind.

Anm. 11. β) Nicht äußerlich erkennbare Mängel der Verpackung. Die Verpackung ist mangelhaft, wenn sie nicht geeignet ist, das Gut vor den gewöhnlichen Fährlichkeiten des Transports zu schützen. Ist dies erkennbar (sei es durch das Auge oder durch sonstige Sinne, z. B. durch Geruch, Gehör, Gefühl), so kann die Eisenbahn die Ausführung des Transports ablehnen. Macht sie aber von diesem Rechte keinen Gebrauch, so übernimmt sie die Gefahr, sofern sie nicht dafür sorgt, daß in dem Frachtbrief die Mangelhaftigkeit der Verpackung vermerkt wird (§ 459 Ziff. 2).

Anm. 12. Die nicht erkennbare Mangelhaftigkeit eines Frachtgutes schließt die Haftung der Eisenbahn auch dann aus, wenn der entstandene Schaden nicht unmittelbar durch die mangelhafte Verpackung, sondern durch einen hinzutretenden Zufall entstanden ist, der bei gehöriger Verpackung keinen oder doch einen geringeren Schaden verursacht haben würde (RHG. v. 16. 5. 76 in der Deutsch. EisenbZtg. 986; OLG. Frankfurt im Recht 03, 268).

Digitized by Google

γ) Wenn die Eisenbahn nachweist, daß der Schaden durch ein Verschulden oder eine nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten verursacht ist. Dem Verschulden des Verfügungsberechtigten steht natürlich das Verschulden der Personen gleich, deren Verschulden er zu vertreten hat. Eine solche Schuld liegt z. B. dann vor, wenn der Absender die besondere Gefährlichkeit des Transports verheimlicht oder auch nur im Frachtbrief nicht angegeben hat (wenn auch das Gut selbst einen zu übersehenden Vermerk getragen haben mag JW. 98, 17[42]) oder Vertragsabreden verletzt hat (RG. 15, 151; 20, 78), oder wenn er nach eingetretenem Notfall den Frachtführer an der Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln hindert (ROHG. 12, 107), oder wenn der Schaden durch Befolgung bestimmter Anordnungen des Absenders entstanden ist (HAG. Nürnberg in ZHR. 19, 569), oder wenn das Gut durch befugte Veräußerung infolge Abnahmeverzuges des Empfängers verloren gegangen ist (ROHG. 11, 293). Überall ist hier aber vorausgesetzt, daß die Schuld allein auf seiten des Absenders liegt; bei konkurrierendem Verschulden gilt § 254 BGB. (Lehmann-Ring § 456 Nr. 4; Düringer-Hachenburg § 456 Note III, 1; Makower IVa; anders 6./7. Aufl.). Nur dann, wenn der Schaden durch äußerlich erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist, ohne daß diese im Frachtbrief vermerkt worden sind, haftet die Eisenbahn allein, obwohl der Mangel der Verpackung ein Mitverschulden des Absenders in sich schließt. Dies deswegen, weil die Eisenbahn in diesem Falle die Gefahr des Transports auf sich nimmt. § 456. Anm. 13.

e) **Vermag die Eisenbahn keinen der angeführten Entschuldigungsgründe zu beweisen, so trägt sie den Schaden.** Der Nachweis sorgsamen Verhaltens bei Ausführung des Transports entlastet sie nicht. Unverkennbar legt daher der Paragraph der Eisenbahn in nicht geringem Umfange die Haftung für den Zufall zur Last (ROHG. 15, 84; RG. 1, 278; 14, 83; 21, 18). So haftet sie dann, wenn es unaufgeklärt bleibt, wie der Schade entstanden ist, wenn z. B. ein Ballon mit einer medizinischen Flüssigkeit erweislich wohlverpackt und unversehrt der Eisenbahn übergeben ist, auf der Reise platzt, und die Eisenbahn ihrerseits dartut, daß von ihrer Seite und seitens ihrer Leute mit der größten Vorsicht verfahren ist (vgl. auch Bolze 2 Nr. 964). Man kann das auch so ausdrücken, daß sie die Gefahr des Beweises hat. Die Eisenbahn haftet ferner für diejenigen Zufälle, welche nicht als höhere Gewalt zu betrachten sind (RG. 1, 278; 14, 83; 21, 18), indem sie nicht auf einem Eingriffe von außen beruhen, sondern die Handlung der Eisenbahnverwaltung selbst oder ihrer Leute (RG. 1, 253) oder ihre Transportmittel betreffen, z. B. wenn die Achse bricht, die Lokomotive platzt, das Kollo zur Erde fällt und durch eine dieser Tatsachen ein Schaden am Gute eintritt. Es genügt dann nicht, daß die Eisenbahn beweist, die Achse, die Lokomotive seien solid angefertigt und die Leute seien stark und vorsichtig gewesen. Vielmehr trägt die Eisenbahn eben den Zufall (Hahn Art. 395 § 15). Anm. 14.

f) Gelingt aber der Eisenbahn der Nachweis eines Entschuldigungsgrundes, so wird sie von der Haftpflicht frei. Unter Umständen hat sogar der Absender die Eisenbahn zu entschädigen (vgl. § 427 Anm. 4 u. 8 und § 58 Abs. 3 VerkO.). Anm. 15.

g) Wann der Beweis als gelungen oder wann er als nicht gelungen zu betrachten ist, bestimmt der Richter nach freiem Ermessen. Der Beweis kann auch dann als geführt gelten, wenn die Eisenbahn Umstände darlegt, unter denen eine andere Entstehungsursache sich als ausgeschlossen darstellt (RG. 15, 147). Anm. 16.

2. (Abs. 2.) **Die Ausnahmevorschrift.** Für Kostbarkeiten, Kunstgegenstände, Geld und Wertpapiere haftet die Eisenbahn nur dann, wenn ihre Beschaffenheit oder der Wert des Gutes angegeben ist. Diese Vorschrift stimmt mit dem überein, was für den Frachtverkehr überhaupt gilt (vgl. daher ausführlich § 429 Anm. 20ff.). Natürlich haftet sie, wenn ihr die Angabe gemacht wird, nach den Vorschriften des Abs. 1. Da diese Gegenstände auch zu den nach § 50 B 2 VerkO. nur bedingungsweise zur Beförderung zugelassenen Gütern gehören, so gilt zugleich § 467, wenn die Nichtangabe ihrer Beschaffenheit durch eine unrichtige und ungenaue Bezeichnung erfolgt (vgl. ferner § 462). Anm. 17.

Digitized by Google

§ 457.

§ 457. Muß auf Grund des Frachtvertrags von der Eisenbahn für gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden, so ist der gemeine Handelswerth und in dessen Ermangelung der gemeine Werth zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Absendung in dem Zeitpunkte der Annahme zur Beförderung hatte, unter Hinzurechnung dessen, was an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht bereits bezahlt ist.

Im Falle der Beschädigung ist für die Minderung des im Abs. 1 bezeichneten Werthes Ersatz zu leisten.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann Ersatz des vollen Schadens gefordert werden.

Lit.: Rundnagel in ZHR. 55, 444. Im übrigen wie zu § 456.

Der vorliegende Paragraph enthält die maßgebende Vorschrift über die Höhe des durch die Eisenbahn zu leistenden Schadensersatzes für Verlust oder Beschädigung des Gutes.

Anm. 1. I. **Die Vorschrift erhält auch hier wieder hauptsächlich ihre Bedeutung durch die in § 471 angeordnete Unveränderlichkeit** (vgl. hierüber § 456 Anm. 1). Dabei ist aber hier sofort auf § 461 zu verweisen, nach welchem die Eisenbahn unter gewissen Voraussetzungen Höchstbeträge ihrer Haftung bestimmen kann.

Anm. 2. II. **Die Vorschrift unseres Paragraphen stimmt inhaltlich mit der für Frachtverträge überhaupt geltenden Vorschrift des § 430 überein.** Die dort gegebene Erläuterung ist daher in bezug zu nehmen. Zwei Punkte aber sind verschieden:

Anm. 3. 1. Hier entscheidet der Wert am Orte der Absendung und zur Zeit der Annahme zur Beförderung, nicht wie im § 430 der Wert am Orte und zur Zeit der Ablieferung. Das gilt aber nicht im Falle der Beschädigung für die Wertfestsetzung des beschädigten Gutes. Hierüber enthält § 457 keine Bestimmung. Da der Verkaufswert des beschädigten Gutes naturgemäß nur am Ort der Ablieferung ermittelt werden kann, ist der Ablieferungsort maßgebend (ebenso Eger § 83 Anm. 450 u. Art. 37; Bern. FrachtÜb. Anm. 188 VI; Makower § 457 V; Lehmann-Ring, § 457 Nr. 2; Goldmann § 457 Anm. 3).

Anm. 4. 2. Die Art, wie die Zölle und sonstigen Kosten bei der Berechnung zur Geltung kommen, ist hier anders. Hier wird hinzugerechnet, was an Kosten bezahlt ist, dort wird abgerechnet, was an Kosten gespart ist.

§ 458.

§ 458. Die Eisenbahn haftet für ihre Leute und für andere Personen, deren sie sich bei der Ausführung der Beförderung bedient.

Lit.: wie zu § 453.

Die Vorschrift stellt die Haftung der Eisenbahn für ihre Hilfspersonen auf.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift hat hier eine andere Bedeutung als im § 431. Dort, beim Frachtgeschäft überhaupt, bei dem der Frachtführer nur für Verschulden haftet, bedeutet diese Vorschrift, daß der Frachtführer auch für die Versehen seiner Hilfspersonen haftet, wie für seine eigenen Versehen. Hier, wo die Eisenbahn nicht nur für Versehen haftet, sondern auch für Zufall, bedeutet es, daß auch dann, wenn das unglückliche Ereignis sich in der Person der Ausführungsgehilfen ereignet, die Eisenbahn dafür haftet. So haftet z. B. die Eisenbahn auch für jeden Schaden, den ein plötzlich in Geistesstörung verfallener Lokomotivführer verursacht hat. Ebenso, wenn ein plötzlich und ohne sein Wissen farbenblind gewordener Weichensteller die Zeichen verwechselt und dadurch eine Entgleisung verursacht. Hier liegt überall nicht höhere Gewalt vor. Anders natürlich, wenn die Krankheit plötzlich infolge eines

Digitized by Google

äußeren Naturereignisses eingetreten ist, so z. B., wenn der Lokomotivführer durch einen Blitzschlag geistesgestört wird, und in diesem Zustande sofort eine Entgleisung bewirkt. Daß die Eisenbahn für Verschulden ihrer Leute haftet, ist selbstverständlich. Denn wenn ein Verschulden ihrer Leute vorliegt, so kann sie keinen der im § 456 ihr offengelassenen Entschuldigungsbeweise vorbringen, und daraus folgt ihre Haftung. § 458.

In den Fällen, in denen die Eisenbahn nur für Verschulden, oder für Verschulden in höherem Grade als sonst haftet, bedeutet der vorliegende Paragraph, daß sie auch für Verschulden ihrer Leute haftet (vgl. § 459 Abs. 3; § 457 Abs. 3). Anm. 2.

2. Zu den Leuten oder Beförderungsgehilfen der Eisenbahn gehört nicht der Gepäckträger (Eger § 37 VerkO. Anm. 149; Reindl in EisenbE. 17, 362 u. 19, 81; Düringer-Hachenburg § 458 Note III c; Goldmann § 454 Anm. 4; anders Hertzer, Ztg. d. Ver. d. EisenbVerw. 01, 356; Gorden in EisenbE. 17, 378 u. 18, 182, sowie derselbe in ArchöffR. 02, 413 u. 04, 398). Er ist selbständiger Frachtführer (§ 425 Anm. 2). Durch § 37 VerkO. ist jedoch auch der Eisenbahn die Haftung für Verlust oder Beschädigung des einem von der Bahn bestellten Gepäckträger anvertrauten Reise- und Handgepäcks auferlegt worden. Die Eisenbahn haftet hiernach neben dem von ihr bestellten Gepäckträger als Gesamtschuldner (anders Eger a. a. O.). Die Haftung der Eisenbahn erstreckt sich jedoch nur auf die Beförderung des Gepäcks durch die Gepäckträger innerhalb des Stationsbereichs. Für die Aufbewahrung des Gepäcks oder für die Beförderung nach der außerhalb des Stationsbereichs liegenden Wohnung des Reisenden haftet die Eisenbahn nicht (OLG. Kiel OLGR. 7, 154). Dagegen gehören zu den Leuten der Eisenbahn die von ihr bestellten Rollfuhrunternehmer (Düringer-Hachenburg § 458 Note III b; Makower § 458 III d 2; Goldmann § 458 Anm. 2; anders Eger, VerkO. § 68 Anm. 360; ROHG. 7, 102; 24, 304; vgl. auch RGSt. 32, 22). Dies ergibt sich aus der ausdrücklichen Bestimmung des § 68 Abs. 3 VerkO., wonach die Rollfuhrunternehmer als Leute der Eisenbahn im Sinne des § 9 VerkO. zu gelten haben, sowie auch daraus, daß nach der Verkehrsordnung das An- und Abfahren der Güter als eine Nebentätigkeit der Eisenbahn anzusehen ist (vgl. § 68 Abs. 1, 5 u. 6). Nach § 68 Abs. 5 VerkO. kann sogar die Eisenbahn die Befugnis der Empfänger, ihre Güter selbst abzuholen oder durch andere als die von ihr bestellten Rollfuhrunternehmer abholen zu lassen, ganz aufheben. Anm. 3.

3. Der Umfang der Haftung der Eisenbahn ist entsprechend dem § 431 verschieden, je nachdem der Schaden von einem der Leute der Bahn oder von einer der übrigen Personen, deren sich die Bahn bei der Ausführung der Beförderung bedient, verursacht ist. Der von den letzteren gesetzte Schaden muß in innerem Zusammenhange mit der ihnen aufgetragenen Beförderungshandlung stehen. Für den von den Leuten der Bahn verursachten Schaden genügt dessen auch nur mittelbare Beziehung zu ihrer Anstellung. Das Nähere hierüber vgl. zu § 431 Anm. 1—3. Anm. 4.

4. Die hier angeordnete Haftung ist der Ausschließung oder Minderung durch Parteiabrede in gleicher Weise entzogen, wie die Haftung aus § 456 (vgl. daher § 456 Anm. 1). Anm. 5.

§ 459.

Die Eisenbahn haftet nicht: § 459.

1. in Ansehung der Güter, die nach der Bestimmung des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender in offen gebauten Wagen befördert werden,
   für den Schaden, welcher aus der mit dieser Beförderungsart verbundenen Gefahr entsteht;
2. in Ansehung der Güter, die, obgleich ihre Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung während der Beförderung er-

Digitized by Google

§ 459. fordert, nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbrief unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung zur Beförderung aufgegeben worden sind,

für den Schaden, welcher aus der mit dem Mangel oder mit der mangelhaften Beschaffenheit der Verpackung verbundenen Gefahr entsteht;

3. in Ansehung der Güter, deren Aufladen und Abladen nach der Bestimmung des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender von diesem oder von dem Empfänger besorgt wird,

für den Schaden, welcher aus der mit dem Aufladen und Abladen oder mit einer mangelhaften Verladung verbundenen Gefahr entsteht;

4. in Ansehung der Güter, die vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, Verlust oder Beschädigung, namentlich Bruch, Rost, inneren Verderb, außergewöhnliche Leckage, Austrocknung und Verstreuung, zu erleiden,

für den Schaden, welcher aus dieser Gefahr entsteht;

5. in Ansehung lebender Thiere

für den Schaden, welcher aus der für sie mit der Beförderung verbundenen besonderen Gefahr entsteht;

6. in Ansehung derjenigen Güter, einschließlich der Thiere, welchen nach der Eisenbahnverkehrsordnung, dem Tarif oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender ein Begleiter beizugeben ist,

für den Schaden, welcher aus der Gefahr entsteht, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird.

Konnte ein eingetretener Schaden den Umständen nach aus einer der im Abs. 1 bezeichneten Gefahren entstehen, so wird vermuthet, daß er aus dieser Gefahr entstanden sei.

Eine Befreiung von der Haftpflicht kann auf Grund dieser Vorschriften nicht geltend gemacht werden, wenn der Schaden durch Verschulden der Eisenbahn entstanden ist.

Lit.: Reindl, Haftung der Eisenbahn bei Beförderung des Guts in offenen Wagen, in EisenbE. 21, 188. Im übrigen wie zu § 456.

Anm. 1. **I. Vorbemerkung über den rechtlichen Charakter dieser und der folgenden Vorschriften.** Das frühere HGB. gab im Art. 423 eine Vorschrift, durch die die Eisenbahnen in ihrer Vertragsfreiheit eingeengt wurden und alsdann in den Art. 424 ff. eine Befreiung von diesen einengenden Vorschriften. Diese Befreiungen sind jetzt in anderer Weise geregelt. Was früher als vereinbarungsfähig bezeichnet war, soll jetzt von Gesetzes wegen als Rechtens gelten. Es ist also nicht mehr gesagt: Das kann vereinbart werden, sondern: das gilt. Dagegen ist im § 471 bestimmt, daß weder die Verkehrsordnung, noch Parteivereinbarungen diese Bestimmungen zugunsten der Eisenbahn ändern können, und ferner, daß die Vorschriften der Verkehrsordnung durch Parteivereinbarung überhaupt nicht geändert werden können, also auch nicht zugunsten der Eisenbahn (vgl. hierüber unten Anm. 19).

Digitized by Google

II. **Der vorliegende Paragraph gibt nun einige Einschränkungen der Haftung der Eisenbahnen für Verlust oder Beschädigung des Gutes in besonderen Fällen** und zwar in der Weise, daß § 459 Anm. 2.

Absatz 1 die Haftungseinschränkungen aufzählt,

Absatz 2 eine Beweisvorschrift gibt,

Absatz 3 die unbedingte Haftung für Verschulden anordnet.

Dabei ist vorauszuschicken, daß sich der vorliegende Paragraph nur als Einschränkung der Haftung für Beschädigung oder Verlust des Gutes, welche im § 456 angeordnet ist, darstellt. Auf Haftungen anderer Art, Verspätungsschäden, Haftung für Beschädigung oder Verlust des Gutes außerhalb des Transports bezieht sich die Einschränkung nicht, wie sich ja auch die weite Haftung des § 456 darauf nicht bezieht.

1. (Abs. 1.) **Die Haftungseinschränkungen.**

Nr. 1. a) Vorausgesetzt ist hier, daß abredegemäß in offen gebauten Wagen befördert werden soll. Die Abrede muß auf einer Tarifbestimmung beruhen oder in den Frachtbrief aufgenommen sein. Sonstige Vereinbarungen sind hier unbeachtlich (JW. 06, 12[9]; OLG. Kiel SchlHolstAnz. 05, 200); der Vermerk im Frachtbrief „zwei Wagendecken" enthält eine genügend erkennbare Bestimmung über die Beförderung in offenen Wagen (JW. 06, 12[9]). Wenn die Bahn trotz der Abrede tatsächlich bedeckte Wagen liefert, so liegt der Fall der Nr. 1 dennoch vor: für die Mängel der Decke braucht die Eisenbahn in solchem Falle nicht aufzukommen (RG. 1, 15; 10, 106). Ein offen gebauter Wagen liegt auch dann vor, wenn die Ware mit nicht festen Decken oder Plänen bedeckt werden soll (ROHG. 12, 120; 14, 218; RG. 10, 106). Durch Überdecken mit Regendecken wird er also nicht zum bedeckten (RG. 11, 105). Anm. 3.

b) Der Inhalt und die rechtliche Tragweite der Vereinbarung ist, daß für Schaden nicht gehaftet wird, der aus der mit dieser Transportart verbundenen Gefahr entstanden ist. Dadurch wird aber die Eisenbahnverwaltung nicht von der Fürsorge für das Gut frei, nicht einmal von der Fürsorge, die gerade durch diese eigentümliche Transportart bedingt ist (nur daß sie eben den Wagen nicht zu bedecken braucht, aber sie muß sonst für das Gut sorgen), und sie wird haftbar, wenn durch ihr oder ihrer Leute Verschulden diese Fürsorge vernachlässigt ist. Dies folgerten die Reichsgerichte mit Recht aus dem Zweck des früheren Art. 424 und insbesondere aus Abs. 3 (ROHG. 12, 23; 15, 83; 25, 170; RG. 20, 121; 34, 46). Das gleiche muß nach der neuen Fassung angenommen werden. Die Eisenbahnverwaltung wird daher haftbar, wenn das unverpackt transportierte Gut durch ihr sonstiges — ihr nachzuweisendes, RG. 34, 46 — Verschulden durchnäßt wird, indem sie etwa während einer Transportverzögerung den unbedeckten Wagen nicht in einen bedeckten Raum schaffen ließ (Schott 489 Anm. 14; vgl. ROHG. 17, 296), oder wenn das Gut in Brand gerät, sei es dadurch, daß aus der Lokomotive infolge der absolut schlechten Beschaffenheit der Kohle zu viel Funken stoben (ROHG. 15, 83; RG. 34, 46) oder dadurch, daß der unbedeckte Wagen in allzu großer Nähe der Lokomotive in den Zug eingereiht wurde (RG. 20, 121; 34, 46; OLG. Darmstadt EisenbE. 21, 120; anders OLG. Posen OLGR. 9, 277), oder dadurch, daß die in einem andern Wagen befindliche Ware sich entzündete und die fragliche Ware ergriff (Bolze 4 Nr. 694), oder dadurch, daß die Bahn, wenn im Frachtbrief Wagendecken vorgeschrieben waren, schadhafte oder ungenügende Decken beigegeben hat (JW. 91, 297[3]; 06, 12[9]). Demgemäß wird durch die vorliegende Vorschrift die Verwaltung nur frei von der Verantwortlichkeit für den unverschuldet entstandenen Schaden, auch wenn dieser nicht gerade auf höherer Gewalt beruht. Das ist die Bedeutung der Nr. 1 und dem fügt Abs. 2 den weiteren Vorteil für die Eisenbahn hinzu, daß zu ihren Gunsten eine Vermutung gilt, welche die Beweislast der Eisenbahn wesentlich erleichtert. — Als Gut ist auch ein Möbeltransportwagen zu betrachten (RG. 34, 44). Anm. 4.

Nr. 2. a) Voraussetzung ist hier, daß der Absender auf dem Frachtbrief erklärt, das Gut werde unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung aufgegeben. Dies Erfordernis ist unerläßlich. Es wird nicht dadurch ersetzt, daß überhaupt ein Gut mit mangelhafter Verpackung aufgegeben wurde, auch nicht dadurch, daß dieser Gegenstand mündlich zur Sprache gekommen ist. Anm. 5.

Digitized by Google

§ 459. b) Der Inhalt und die rechtliche Tragweite der Vorschrift ist, daß für den Schaden
Anm. 6. nicht gehaftet wird, der durch die aus der mangelnden oder mangelhaften Verpackung entstandene Gefahr erwachsen ist. Für schuldhaftes Verhalten aber haftet die Eisenbahn auch dann (vgl. Abs. 3); nur für unverschuldeten Schaden, der aus der mangelnden oder mangelhaften Verpackung entstanden ist, haftet sie nicht. Aber für diesen haftet sie schon nach der allgemeinen Vorschrift des § 456 nicht, weil die äußerlich erkennbare mangelhafte Verpackung ein Verschulden des Absenders enthält, und weil bei nicht äußerlich erkennbaren Mängeln der Verpackung die Haftung der Eisenbahn ohne weiteres entfällt. Die praktische Bedeutung der Vorschrift liegt daher auf Abs. 2, d. h. auf der dort aufgestellten Vermutung.

Anm. 7. Nr. 3. a) Voraussetzung ist hier, daß das Auf- und Abladen nach Vereinbarung mit dem Absender von diesem oder von dem Empfänger besorgt wird. Der Ton liegt hier nur darauf, daß der Frachtführer das Auf- und Abladen nicht besorgt. Die Vereinbarung muß auf dem Tarif beruhen oder in den Frachtbrief aufgenommen sein; sonst hat sie diese Wirkung nicht. Doch genügt die Feststellung der tatsächlich vorgenommenen Selbstverladung im Frachtbrief (RG. in EisenbE. 20, 336).

Anm. 8. b) Der Inhalt und die rechtliche Tragweite der Vereinbarung ist, daß alsdann der Frachtführer nicht für die Folgen des Auf- und Abladens haftet, auch soweit es unter § 456 d. h. in die eigentliche Beförderungstätigkeit fallen sollte. Alsdann gilt auch die Vermutung des Abs. 2. Für den durch mangelhafte Verladungseinrichtungen der Bahn angerichteten Schaden hat die Eisenbahn zu haften (JW. 04, 265). Ebenso bei mangelhafter Reinigung der Wagen von für die spätere Ladung schädlichen Resten der früheren Ladung (OLG. Karlsruhe OLGR. 11, 415 Anm. 1).

Anm. 9. Nr. 4. Auch hier ist es selbstverständlich, daß die Gefahr, die aus der besonderen Beschaffenheit des Gegenstandes, nach der er leicht dem Verlust oder der Beschädigung ausgesetzt ist, herrührt, von dem Absender getragen wird. Es braucht dies nicht besonders vorgeschrieben zu werden. Aber eigentümlich ist, daß die Annahme eines solchen Gutes zur Beförderung eine Rechtsvermutung in sich schließt, wie sie Abs. 2 aufstellt. Auf diesem liegt auch hier wieder der Hauptton. Damit diese Rechtsvermutung Platz greift, muß es sich um leicht verletzbare Gegenstände kraft ihrer natürlichen Empfindlichkeit handeln, nicht nur um Gegenstände, bei denen die Möglichkeit der Verletzung überhaupt besteht (RG. 15, 149; JW. 86, 166[15]; vgl. § 456 Anm. 10). Hierunter fallen auch Kartoffeln mit Rücksicht auf ihre Angreifbarkeit durch Frost. Dagegen nicht Spiritus in normaler Verpackung (RG. in EisenbE. 20, 335). Tritt die Gefahr der leichten Verletzlichkeit nur bei falscher Verladeweise ein, z. B. bei einem ein Umfallen des Gutes ermöglichenden Aufstellen, so liegen diese Voraussetzungen natürlich nicht vor (OLG. Karlsruhe Sped.- u. SchiffZtg. 05, 604). Über den Gegenbeweis gegen die Rechtsvermutung vgl. unten Anm. 16.

Über schuldhaftes Verhalten der Eisenbahn vgl. unten Anm. 17.

Anm. 10. Nr. 5. Voraussetzung ist hier, daß lebende Tiere zur Beförderung übergeben werden. Zu den besonderen Gefahren der Beförderung lebender Tiere gehören z. B. das Umfallen, Ersticken; auch die unruhigen Bewegungen der Tiere beim Rangieren (OLG. Stuttgart DJZ. 04, 487). Über Verschulden der Eisenbahnen s. unten Anm. 17.

Anm. 11. Nr. 6. Begleitgüter sind solche, die nach Vereinbarung mit dem Frachtführer oder nach der Verkehrsordnung von dem Absender (oder dessen Beauftragten) begleitet werden, um sie persönlich vor Schaden zu behüten. Die Tatsache der Begleitung allein, ohne daß sie in der in Nr. 6 bezeichneten Art vereinbart ist, ist keine genügende Voraussetzung des Falles. Ebenso genügen andere Arten der Vereinbarung nicht. Üblich ist die Begleitung beim Transport von Vieh, Equipagen usw. Auch beim Transport von Leichen wird Begleitung gefordert. Als Gefahr, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wurde, ist ein Herabfallen einer im Eisenbahnwagen aufgehängten brennenden Laterne anzusehen (RG. in Gruch. 48, 1005). Dagegen wurde als solche Gefahr nicht betrachtet, daß der Verschluß der Tür eines mit Vieh beladenen Wagens sich während der Fahrt löst oder ein ordnungsmäßig an-

Digitized by Google

gebundenes Tier sich während der Fahrt von der Befestigung im Wagen losreißt und aus dem Wagen herausfällt, wenn dem Begleiter nach § 44 Abs. 4 VerkO. gestattet war, seinen Platz nicht im Viehwagen einzunehmen (OLG. Kassel OLGR. 9, 272). **§ 459.**

Daß die Bahn dadurch von der Fürsorge um das Gut nicht völlig befreit wird, darüber vgl. unten Anm. 17.

A. (Abs. 2.) **Die Beweisvorschrift.** Der Hauptton des Paragraphen liegt auf dieser. Meist ist die in Abs. 1 vorgesehene Haftungsbeschränkung an sich keine Vergünstigung, die der Eisenbahn nicht schon aus allgemeiner Vorschrift zustände (vgl. oben Anm. 6). Auf der Vermutung des Abs. 2 liegt das Schwergewicht der Vorschrift (ROHG. 12, 24). Anm. 12.

1. **Zwei Voraussetzungen hat diese Vermutung.**

a) Sie greift nur Platz, wenn ein eingetretener Schade aus der nach der gesetzlichen Vorschrift des Abs. 1 nicht übernommenen Gefahr entstehen konnte. Es muß also zunächst der Fall so liegen, daß der eingetretene Schaden aus der nicht übernommenen Gefahr überhaupt nach den Umständen des Falles entstehen konnte. Daß dies der Fall ist, hat die Eisenbahn zu beweisen; sie hat also die Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Eintritt des Schadens und der von der Haftung ausgenommenen Gefahr zu beweisen (JW. 06, 775[45]; KassH. Paris in EisenbE. 22, 148). Doch werden die Umstände nach dieser Richtung meist so klar liegen, daß es einer Beweisführung nicht bedürfen wird. So z. B. wird die Eisenbahn nicht erst zu beweisen brauchen, daß ein Gut in unbedecktem Wagen gestohlen oder naß werden kann. Anm. 13.

b) Die Vermutung greift nur Platz, wenn ferner einer der im Abs. 1 Nr. 1—6 vorgesehenen Fälle vorliegt. Wann diese Voraussetzung zutrifft, darüber ist zu Abs. 1 gehandelt. Ob der Vorschrift gemäß verfahren ist, darauf kommt es nicht an, nur ob die Vereinbarung getroffen ist. Die Vermutung wird z. B. dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Bahnverwaltung von dem Rechte zur Benutzung unbedeckter Wagen keinen Gebrauch gemacht hat (vgl. oben Anm. 3). Nach ROHG. 25, 172 kann jedoch ein solches tatsächliches Verhalten bei der Beweiswürdigung in Frage kommen. Anm. 14.

2. **Die Folge der Vermutung** ist, daß die Eisenbahn nicht erst zu beweisen braucht, daß der Schaden aus der nicht übernommenen Gefahr in der Tat entstanden ist: daß z. B. wirklich Diebstahl vorliegt; daß die Ware wirklich dadurch verbrannt ist, daß sie vereinbartermaßen unbedeckt transportiert wurde (Bolze 16 Nr. 399); daß Eier durch die ihnen anhaftende Bruchgefahr zerbrochen sind (RG. 64, 170). Anm. 15.

Natürlich bezieht sich diese Vermutung nur auf die Ersatzforderung gegen den Frachtführer, nicht auf Schadensersatzansprüche des Frachtführers gegen den Absender (RG. 15, 155).

3. **Doch ist der Gegenbeweis zulässig,** wie bei jeder Vermutung im Rechtssysteme (§ 292 CPO.). Der Gegenbeweis kann dahin geführt werden, daß im gegebenen Falle eine andere Ursache den Schaden bewirkt hat, oder aber, daß die nicht übernommene Gefahr die Ursache des Schadens unmöglich sein konnte (ROHG. 17, 304; RG. 10, 105). Gegen Entzündung von Baumwolle gewährt ein gedeckter Wagen regelmäßig Schutz; schrieb der Absender offene Wagen vor, so muß er beweisen, daß der Brand nicht aus der mit dieser Transportart verbundenen Gefahr entstanden ist (RG. 1, 14). Die Möglichkeit der Selbstentzündung kommt dem Absender nicht zustatten (JW. 87, 290[13]); denn bei leicht selbstentzündlichen Gegenständen muß der Absender beweisen, daß Selbstentzündung nicht die Ursache des Brandes gewesen sein kann. Wird das im offenen Wagen transportierte Gut durchnäßt abgeliefert, so kann der Absender beweisen, daß es während des Transports nicht geregnet hat. Im Falle der Nr. 4, also bei leicht verletzbaren Gütern kann nicht schon aus dem außergewöhnlichen Umfang des Schadens ein Rückschluß darauf gezogen werden, daß der Schaden nicht mit der von der Haftung ausgenommenen Gefahr in ursächlichem Zusammenhange steht. Hier kommt es nicht, wie im Falle des § 456 Anm. 10 darauf an, ob der Schaden auch bei normalem Betrieb, z. B. nicht bei heftigem Rangieren entstehen konnte, und ob wegen seiner Erheblichkeit der Schaden nur durch Einwirken eines außergewöhnlichen Ereignisses zu erklären ist. Vielmehr ist hier, wo gerade die außergewöhnliche Gefahr, der gewisse Güter infolge ihrer eigenartigen Beschaffenheit unter- Anm. 16.

Digitized by Google

§ 459. liegen, nicht übernommen ist, entscheidend, ob Umstände vorhanden sind, die auch für andere als die leicht verletzbaren Güter der Nr. 4 in erheblichem Maße gefahrbringend waren. Erst dann wäre der Schaden nicht aus der nicht übernommenen besonderen Gefahr der Nr. 4 entstanden und damit die Vermutung des Abs. 2 widerlegt (RG. 64, 172).

Ist der Gegenbeweis geführt, so tritt die gewöhnliche Haftung der Eisenbahn aus § 456 ein (ROHG. 17, 304), natürlich auch mit den hiernach zugelassenen Entlastungsmöglichkeiten.

Anm. 17. B. (Abs. 3.) **Die Haftungsbeschränkungen des Abs. 1 fallen weg bei Verschulden der Eisenbahn,** natürlich auch ihrer Leute (§ 458 u. Anm. 2 dazu). Hiernach ist es dem Beschädigten in allen Fällen des Abs. 1 (auch trotz eines im Frachtbrief erklärten Verzichtes; vgl. unten Anm. 19; ROHG. 15, 83) unbenommen, den Schuldbeweis zu führen und dadurch die Eisenbahn haftbar zu machen. Das Gesetz bestimmt hier aber, daß bei den Transportarten, die wegen ihrer Gefährlichkeit zu den besonderen Vorschriften des Abs. 1 geführt haben, die Eisenbahn jedenfalls für Verschulden haftet. Auch bei diesen gefährlichen Transportarten ist die Eisenbahn keineswegs von jeder Fürsorge um das Gut befreit, muß vielmehr überall im übrigen, außer den Pflichten, von denen sie sich eben vertragsmäßig befreit hat, in der Behandlung des Gutes die eines ordentlichen Frachtführers erfüllen (vgl. oben Anm. 4).

Anm. 18. Der Beweis liegt, wie gesagt, dem Beschädigten ob. Die in § 456 enthaltene Vorschrift über die Beweislast findet nicht Anwendung, wenn eine der nach § 459 zulässigen Befreiungen vorliegt (ROHG. 15, 86; RG. 20, 121), und das ist eine weitere rechtliche Bedeutung der im Abs. 1 gegebenen Vorschriften. Sowohl das Verschulden, als der ursächliche Zusammenhang zwischen Verschulden und Schaden müssen vom Beschädigten bewiesen werden (JW. 91, 297[3]).

Anm. 19. Als Verschulden gilt, da das Gesetz allgemein spricht, jedes zurechenbare Versehen, ohne Rücksicht auf den Grad. Beispiele von Verschulden s. oben Anm. 4 u. 8. Dabei kommen aber die Grundsätze des § 254 BGB. über konkurrierendes Mitverschulden in Anwendung. Über diese Grundsätze § 346 Anm. 12. Hat z. B. der Absender Wagendecken bei Verladen in offenen Wagen vorgeschrieben und offensichtlich schadhafte oder zu kleine Decken erhalten, so kann in der widerspruchslosen Verwendung dieser Decken durch den verladenden Absender ein Mitverschulden desselben liegen (JW. 06, 12[9]).

Anm. 20. C. **Die durch den vorliegenden Paragraphen der Eisenbahn auferlegten Verpflichtungen können weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden ausgeschlossen oder beschränkt werden** (§ 471). Die Verkehrsordnung hat die Vorschrift wiedergegeben (§ 77) und hat bei Nr. 1 hinzugefügt, daß unter dem Schaden der mit jener Beförderungsart verbundene auffallende Gewichtsabgang oder der Verlust ganzer Stücke nicht zu verstehen ist. Dieser Zusatz ist gültig, weil er ja die Haftungseinschränkung der Eisenbahn einschränkt, also die Haftung erhöht, mithin keine Beschränkung der der Eisenbahn auferlegten Verpflichtung enthält (a. M. Makower § 459 I e). Die Wiederholung des § 459 in der Verkehrsordnung hat die weitere Folge, daß nunmehr auch Abreden zuungunsten der Eisenbahn nichtig sind (§ 471 Abs. 2; vgl. § 456 Anm. 1), wenigstens solange sich die Wiederholung in der Verkehrsordnung findet.

§ 460.

§ 460. Bei Gütern, die nach ihrer natürlichen Beschaffenheit bei der Beförderung regelmäßig einen Gewichtsverlust erleiden, ist die Haftpflicht der Eisenbahn für Gewichtsverluste bis zu den aus der Eisenbahnverkehrsordnung sich ergebenden Normalsätzen ausgeschlossen.

Der Normalsatz wird, falls mehrere Stücke auf denselben Frachtbrief befördert werden, für jedes Stück besonders berechnet, wenn das Gewicht der einzelnen Stücke im Frachtbriefe verzeichnet ist oder sonst festgestellt werden kann.

Die Beschränkung der Haftpflicht tritt nicht ein, soweit der Verlust den Umständen nach nicht in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes ent-

Digitized by Google

stand en ist oder soweit der angenommene Satz dieser Beschaffenheit oder den § 460.
sonstigen Umständen des Falles nicht entspricht.

Bei gänzlichem Verluste des Gutes findet ein Abzug für Gewichtsverlust nicht statt.

Lit.: Reindl in Ztg. d. Ver. D. EisenbVerw. 00, 221.

1. **Der vorliegende Paragraph handelt von anderen Gütern als § 459 Nr. 4.** Würden Anm. 1.
dieselben Güter abgehandelt, so würde die Vorschrift unseres Paragraphen überflüssig sein, da sie als ein Geringeres gegenüber der dort gegebenen Vorschrift erscheint. § 459 Nr. 4 handelt aber von außergewöhnlichen Gefahren, denen gewisse Güter vermöge ihrer besonderen Beschaffenheit ausgesetzt sind. Das geht insbesondere aus den beigefügten Beispielen hervor: Bruch, außergewöhnliche Leckage. Unsere Bestimmung handelt dagegen von dem beim Transport gewisser Güter regelmäßig vorkommenden Verlust (Gewichtsmängel — Hahn Art. 426 § 1).
2. **Inhalt der hier angeordneten Haftungseinschränkungen der Eisenbahnen.** Für solche Anm. 2.
Gewichtsverluste, die die Güter nach ihrer natürlichen Beschaffenheit beim Transport regelmäßig erleiden, haftet die Eisenbahn nicht (§ 456). Sie hat aber die Ursachen des Verlustes zu beweisen. Weil dieser Beweis sehr lästig und oft unmöglich ist, wird in der vorliegenden Vorschrift der Verkehrsordnung überlassen, zu bestimmen, daß ein gewisser Prozentsatz als mutmaßlicher Betrag derartigen Verlustes angenommen werde. Hat der Verlust diesen Normalsatz nicht überstiegen, so hat die Eisenbahn einen Beweis, daß der Schaden aus natürlicher Beschaffenheit entstanden ist, nicht zu führen. Sie haftet für den Verlust im Betrage dieses Normalsatzes einfach nicht. Doch bleibt dem Absender der Gegenbeweis offen, daß die natürliche Beschaffenheit nicht oder nicht in dem behaupteten Maße die Ursache des Schadens ist. Andererseits ist auch der Eisenbahn der Beweis nicht abgeschnitten, daß der aus der natürlichen Beschaffenheit der Güter hervorgegangene Verlust den verabredeten Prozentsatz überstiegen habe.
3. **Die Rechtsfolge der Vorschrift.** Sie enthält nach dem Gesagten lediglich eine Vermutung, Anm. 3.
die die Eisenbahn von der ihr nach § 456 obliegenden Beweispflicht befreit. Es wird aber dadurch keineswegs der Inhalt oder Umfang ihrer Haftungspflicht materiell geändert, nur wird selbstverständlich auf die Verwirklichung der Rechte dadurch der Einfluß ausgeübt, den jede Vermutung ausübt. Gegen die Vermutung steht beiden Teilen der Gegenbeweis offen (§ 292 CPO.; vgl. oben Anm. 2). Der dem Absender zustehende Gegenbeweis kann sich insbesondere auch darauf richten, daß der Verlust infolge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes nicht entstanden sein kann — z. B., daß das feuchte Wetter die Möglichkeit des Eintrocknens, die Art der Verpackung, die Einwirkung der Hitze ausgeschlossen habe (Hahn Art. 426 § 4) —, oder daß der Verlust aus einer bestimmten anderen, von der Bahn zu vertretenden Ursache, z. B. durch Verschulden der Eisenbahn oder eines ihrer Leute entstanden sei (Puchelt-Förtsch Art. 426 Anm. 3).

Daß die Güter im gegebenen Falle unter § 460 fallen, ist im Streitfall von der Eisenbahn zu beweisen. Beweist sie dies, so greift die Vermutung Platz.
4. **Der Normalsatz muß von jedem einzelnen Stück berechnet werden,** und zwar deshalb, weil Anm. 4.
sonst gegen die Absicht des Gesetzes ein Verlust über den Normalsatz bei einem Stück nicht ersetzt würde, weil bei einem anderen Stücke der Verlust unter dem Normalsatz geblieben ist. Diese Vorschrift ist aber nur anwendbar, wenn das Gewicht der einzelnen Stücke irgendwie erweislich ist.

Bei gänzlichem Verlust des Gutes findet ein Abzug für Gewichtsverluste nicht statt, wie dies Abs. 4 unseres Paragraphen jetzt besonders hervorhebt.
5. **Bestimmungen, durch die die Eisenbahn günstiger gestellt werden könnte, als nach dem** Anm. 5.
vorliegenden Paragraphen, z. B. eine Bestimmung, daß im Gegensatz zu Abs. 4 auch bei gänzlichem Verlust der Normalsatz bei der Schadensberechnung in Abzug kommt, sind weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden zulässig. Die gegenwärtige Verkehrs-

Digitized by Google

§ 460. ordnung macht von der im vorliegenden Paragraphen gegebenen Befugnis im § 78 Gebrauch, indem sie gewisse Normalsätze aufstellt. Vereinbarungen hiergegen sind schlechtweg unzulässig, auch dann, wenn sie das Publikum günstiger stellen, z. B. den Normalsatz erniedrigen oder der Eisenbahn den Gegenbeweis des Abs. 3 abschneiden (§ 471 und Erläuterung dazu).

§ 461.

§ 461. **Die Eisenbahnen können in besonderen Bedingungen (Ausnahmetarifen) einen im Falle des Verlustes oder der Beschädigung zu erstattenden Höchstbetrag festsetzen, sofern diese Ausnahmetarife veröffentlicht werden, eine Preisermäßigung für die ganze Beförderung gegenüber den gewöhnlichen Tarifen der Eisenbahn enthalten und der gleiche Höchstbetrag auf die ganze Beförderungsstrecke Anwendung findet.**

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann die Beschränkung auf den Höchstbetrag nicht geltend gemacht werden.

Lit.: wie zu § 453.

Der vorliegende Paragraph enthält eine Einschränkung der strengen Vorschrift des § 456: die Zulassung von Maximalhaftungen.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Es ist den Eisenbahnen unter besonderen Bedingungen gestattet, einen Höchstbetrag der Haftung für Verlust oder Beschädigung festzusetzen.**

a) Es ist gestattet. Macht die Eisenbahn davon keinen Gebrauch, so besteht die volle Haftung nach § 456.

Anm. 2. b) Unter besonderen Bedingungen ist es gestattet. Diese besonderen Bedingungen oder Ausnahmetarife müssen veröffentlicht werden. In welcher Weise dies geschehen muß, ist nicht gesagt. Auch in § 81 VerkO. ist es nicht gesagt; die Verkehrsordnung ordnet sogar das Erfordernis der Veröffentlichung überhaupt nicht an; doch liegt diese Anordnung wohl darin, daß sowohl das Gesetz wie die Verkehrsordnung die besonderen Bedingungen als Ausnahmetarife bezeichnet und § 7 VerkO. die gehörige Veröffentlichung der Tarife überhaupt anordnet. Wie aber die Tarife veröffentlicht werden müssen, darüber ist nichts gesagt. Die Veröffentlichung muß so erfolgen, daß eine Unkenntnis auf seiten der Beteiligten ohne deren eigene Verschuldung nicht anzunehmen ist. Dazu genügt regelmäßig nicht der Aushang in den Expeditionslokalen, an den Billettschaltern usw., oder die Ankündigung in einem Lokalblatt, sondern es ist die Ankündigung in hierzu geeigneten, in den betreffenden Verkehrsgebieten verbreiteten Zeitungen, welche gewöhnlich von der betreffenden Verwaltung benutzt werden, erforderlich. Die Bedingungen müssen ferner eine Preisermäßigung gegenüber dem gewöhnlichen Tarif enthalten, und es muß endlich der gleiche Höchstbetrag auf die ganze Beförderungsstrecke Anwendung finden. Schließt sich eine der beteiligten Eisenbahnen aus, so ist die Einführung eines solchen Höchstbetrages nicht statthaft. Es genügt z. B. nicht eine Gesamtpreisermäßigung, zu welcher einzelne der beteiligten Bahnen billigere Tarife herstellen.

Anm. 3. c) Ein Höchstbetrag kann auf diese Weise festgesetzt werden. Natürlich kann nicht mehr als der wahre Wert gefordert werden, wenn dieser den Höchstbetrag nicht erreicht. Deshalb hat der Kläger den gemeinen Wert darzulegen (ROHG. 20, 404).

Anm. 4. d) Für den Schaden durch Verlust oder Beschädigung kann ein solcher Höchstbetrag festgesetzt werden. Auf Verspätungsschaden bezieht sich das nicht. Hierüber § 466.

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Der Höchstbetrag kann bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Handlungsweise der Eisenbahn nicht geltend gemacht werden,** wobei natürlich die Eisenbahn für alle Hilfspersonen haftet (§ 458 und Erläuterung dazu). Ein von einem Dritten am Frachtgut begangener Diebstahl kann der Eisenbahn nicht ohne weiteres als grobe Fahrlässigkeit zugerechnet werden (OGH. Wien in Ztg. f. intern. Eisenbtr. 14, 61).

Digitized by Google

3. **Die hier übernommenen Verpflichtungen können weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden ausgeschlossen oder gemildert werden** (§ 471). Von einer Verpflichtung spricht nur der zweite Absatz. Also kann weder in der Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden bestimmt werden, daß derartige Normalsätze auch bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit gelten. Wohl aber könnte an sich durch die Verkehrsordnung der Ausschluß des Höchstbetrages bei jeder Art von Fahrlässigkeit festgesetzt werden. Auch durch Parteiabrede? Darüber siehe das Folgende. § 461. Anm. 6.

Die Verkehrsordnung hat übrigens die vorliegenden Bestimmungen in den §§ 81—88 wiederholt (vgl. oben Anm. 2). Das hat zur Folge, daß nunmehr durch Parteiabrede diese Vorschriften überhaupt nicht geändert werden können, auch nicht zuungunsten der Eisenbahn. So wäre es z. B. ungültig, wenn eine Partei mit der Eisenbahn vereinbarte, der Höchstbetrag gelte auch nicht bei geringer Fahrlässigkeit der Eisenbahn. Anm. 7.

§ 462.

Inwieweit für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren die zu leistende Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränkt werden kann, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung. Die Vorschrift des § 461 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. § 462.

Lit.: Muschweck in Sped.- u. Schiffztg. 05, 504, 514, 528, 538, 552, 563.

Von der vorliegenden Ermächtigung hat der § 81 Abs. 2 VerkO. Gebrauch gemacht. Welche rechtliche Bedeutung das hat, darüber siehe § 461 Anm. 7.

§ 463.

Ist das Interesse an der Lieferung nach Maßgabe der Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung in dem Frachtbriefe, dem Gepäckschein oder dem Beförderungsschein angegeben, so kann im Falle des Verlustes oder der Beschädigung des Gutes außer der im § 457 Abs. 1, 2 bezeichneten Entschädigung der Ersatz des weiter entstandenen Schadens bis zu dem angegebenen Betrage beansprucht werden. § 463.

Ist die Ersatzpflicht nach den Vorschriften des § 461 oder des § 462 auf einen Höchstbetrag beschränkt, so findet eine Angabe des Interesses an der Lieferung über diesen Betrag hinaus nicht statt.

Lit.: wie zu § 453.

Der vorliegende Paragraph gestattet dem Publikum die Deklaration des Lieferungsinteresses und bestimmt die Folgen der geschehenen Deklaration. Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Verlust und die Beschädigung, auf Verspätungsschäden bezieht sich § 466. Einleitung.

1. **Der Absender kann deklarieren,** die Eisenbahn kann ihm die Deklaration nicht verweigern. Das ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß der Abs. 1 unseres Paragraphen mit einem Bedingungssatz beginnt: „Ist das Interesse angegeben". Damit ist das Recht zu dieser Angabe als selbstverständlich vorausgesetzt. Die Eisenbahn muß sich also darauf einlassen. Nur kann die Verkehrsordnung die näheren Bedingungen einer solchen Deklaration bestimmen: („nach Maßgabe der Vorschriften der Verkehrsordnung"); wogegen die Verkehrsordnung die Zulässigkeit der Deklaration nicht beseitigen kann (§ 471). Die Verkehrsordnung hat denn in der Tat im § 84 das Recht der Deklaration wiederholt und ihre Bedingungen bestimmt, insbesondere hat sie festgesetzt, daß im Falle der Deklaration ein Frachtzuschlag zu entrichten ist, der im Tarif bestimmt ist. Dieser Frachtzuschlag ist natürlich nur Anm. 1.

Digitized by Google

§ 463. dann zu entrichten, wenn er im Tarif festgesetzt ist. Hat die Eisenbahn es unterlassen, einen solchen Frachtzuschlag festzusetzen, so muß die Deklaration ohne Frachtzuschlag zugelassen werden. Die Eisenbahn ist nicht in der Lage, dem einzelnen Absender den Frachtzuschlag zu erlassen oder mehr oder weniger mit ihm zu vereinbaren (§ 471 Abs. 2). Auch über die Form der Deklaration hat die Verkehrsordnung zulässigerweise Bestimmung getroffen: sie muß im Frachtbrief an der dafür vorgesehenen Stelle mit Buchstaben geschrieben werden. Ist diese Form nicht erfüllt, so ist die Deklaration nicht gültig. Die Beförderung darf natürlich deshalb nicht abgelehnt werden, aber das Gut ist undeklariert. Daraus, daß der Absender sein Interesse an der Lieferung nicht deklariert hat, kann ein Verschulden desselben nicht abgeleitet werden (OLG. Prag in EisenbE. 21, 129).

Anm. 2. 2. **Die Deklaration muß auch dann zugelassen werden, wenn Höchsthaftungssätze gemäß §§ 461, 462 bestehen,** nur daß in diesem Falle mehr als dieser Höchstbetrag nicht gefordert werden kann. Es kann aber jedenfalls mehr als der gemeine Wert verlangt werden, wenn dieser sich unter diesem Höchstbetrag hält (Abs. 2 unseres Paragraphen).

Anm. 3. 3. **Die Deklaration tritt außer Kraft bei Vorsatz oder grobem Versehen der Eisenbahn.** Denn die Deklaration bezieht sich, wie unser Abs. 1 auch ergibt, nur auf die Fälle des § 457 Abs. 1 u. 2, nicht auch auf den Fall des § 457 Abs. 3. In diesem Falle kann vielmehr schon nach dem Gesetze voller Ersatz des Schadens verlangt werden; es bedarf also keiner Erstreckung der Haftpflicht. Bemerkt mag bei dieser Gelegenheit der Vollständigkeit wegen werden, daß auch die Höchsthaftungsgrenze des § 461 in diesem Falle wegfällt (§ 461 Abs. 2).

Anm. 4. 4. **Die Rechtsfolge der Deklaration** ist, daß über den gemeinen Wert hinaus der volle Schaden verlangt werden kann, natürlich bis zu der Grenze der Höchsthaftung, wenn eine solche gemäß § 461 festgesetzt ist. Das deklarierte Interesse bildet den Höchstbetrag des Schadensersatzes ganz gleichmäßig, mag das Gut ganz oder teilweise verloren oder gar beschädigt sein. Hat z. B. ein Gut, welches 100000 Mk. wert ist, einen Schaden von 6000 Mk. erlitten, während das Lieferungsinteresse auf 5000 Mk. deklariert ist, so sind die deklarierten 5000 Mk. auch voll zu erstatten (Cosack § 90 IIf). Die Höhe des weiteren Schadens hat der Berechtigte darzutun und zu beweisen. Nicht einmal eine Vermutung spricht für die Deklaration.

Anm. 5. 5. **Über die Verkehrsordnung und entgegenstehende Parteiabreden** siehe Anm. 1.

§ 464.

§ 464. Wegen einer Beschädigung oder Minderung, die bei der Annahme des Gutes durch den Empfänger äußerlich nicht erkennbar ist, können Ansprüche gegen die Eisenbahn nach § 438 Abs. 3 nur geltend gemacht werden, wenn binnen einer Woche nach der Annahme zur Feststellung des Mangels entweder bei Gericht die Besichtigung des Gutes durch Sachverständige oder schriftlich bei der Eisenbahn eine von dieser nach den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung vorzunehmende Untersuchung beantragt wird.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann sie sich auf diese Vorschrift nicht berufen.

Lit.: Rundnagel, Die Haftpflicht der Eisenbahn für Verlust, Beschädigung und Lieferungsfristüberschreitung nach deutschem Eisenbahnrecht, Leipzig 1906.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph hat lediglich den Zweck, die nachträgliche Geltendmachung von Schäden, die bei der Annahme des Gutes durch den Empfänger äußerlich nicht erkennbar waren,** straffer zu gestalten, als dies in der für den Frachtvertrag überhaupt geltenden Vorschrift des § 438 Abs. 3 geschehen ist.

1. Die Vorschrift darf durch die Verkehrsordnung zugunsten der Eisenbahn nicht geändert werden (§ 471).

Digitized by Google

2. Die Verkehrsordnung hat im § 90 Nr. 4 die Vorschrift wiederholt und dabei die näheren Vorschriften über die Art der Untersuchung gegeben. Änderungen dieser Vorschriften sind auch zugunsten des Publikums nicht gestattet (§ 471 Abs. 2). § 464.
3. Im übrigen muß auf § 438 verwiesen werden. Die Vorschrift des § 438, daß die Feststellung des Mangels unverzüglich nach der Entdeckung beantragt werden muß, gilt auch hier (vgl. § 90 Abs. 2 Nr. 4a VerkO.; anders Düringer-Hachenburg § 464 II 4).

Zusatz. Bei dieser Gelegenheit sei bemerkt, daß auch die weitere Vorschrift des § 438, nach der nach Bezahlung der auf dem Frachtgut haftenden Forderungen und nach Annahme des Gutes alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage erloschen sind, außer wenn der Schaden durch amtlich bestellte Sachverständige vor der Annahme des Gutes festgestellt ist, hier gilt und gemäß § 471 durch die Verkehrsordnung zugunsten der Eisenbahnen nicht geändert werden kann. Die Verkehrsordnung wiederholt die Vorschrift und macht außer der im § 438 Abs. 2 vorgesehenen Ausnahme von dem weitgehenden Rückgriffsverluste noch einige andere Ausnahmen. Diese Ausnahmen gelten natürlich; denn dadurch werden ja die Fälle des Rückgriffsverlustes verringert, die Eisenbahn also ungünstiger gestellt. Nachdem nunmehr aber diese Ausnahmen der Verkehrsordnung einverleibt sind, können Vereinbarungen hiergegen gültig nicht getroffen werden, auch wenn sie für die Eisenbahn ungünstig sind (§ 471 Abs. 2). Anm. 2.

§ 465.

Für den Verlust von Reisegepäck, das zur Beförderung aufgegeben ist, haftet die Eisenbahn nur, wenn das Gepäck binnen acht Tagen nach der Ankunft des Zuges, zu welchem es aufgegeben ist, auf der Bestimmungsstation abgefordert wird. § 465.

Inwieweit für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von Reisegepäck, das zur Beförderung aufgegeben ist, die zu leistende Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränkt werden kann, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung. Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann die Beschränkung auf den Höchstbetrag nicht geltend gemacht werden.

Für den Verlust oder die Beschädigung von Reisegepäck, das nicht zur Beförderung aufgegeben ist, sowie von Gegenständen, die in beförderten Fahrzeugen belassen sind, haftet die Eisenbahn nur, wenn ihr ein Verschulden zur Last fällt.

Lit.: Gorden in Sped.- u. SchiffZtg. 04, Nr. 35 und wie zu § 464.

Der vorliegende Paragraph gibt einige Sonderbestimmungen für die Haftung für Reisegepäck. Im Abs. 1 u. 2 wird das zur Beförderung aufgegebene Reisegepäck, sogenanntes Passagiergut, im Abs. 3 das zur Beförderung nicht aufgegebene Reisegepäck, sogenanntes Handgepäck behandelt. Einleitung.

1. (Abs. 1 und 2.) **Das zur Beförderung aufgegebene Reisegepäck.** Hier haftet die Eisenbahn nach der allgemeinen Vorschrift des § 456, also auch für Zufall, sofern sie sich nicht in der dort vorgesehenen Weise entschuldigen kann. Aber bei Verlust von Reisegepäck ist als Haftungsbedingung eine achttägige Abforderungsfrist gesetzt (acht Tage nach der Ankunft des Zuges, zu dem das Gepäck aufgegeben ist, muß es auf der Bestimmungsstation abgefordert sein). Ist dies geschehen, so haftet die Eisenbahn während der ganzen Verjährungsfrist, die aber nicht etwa von der erfolgten Abforderung an läuft, sondern in dem im § 414 Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkte beginnt (§§ 439, 471). Diese Vorschrift darf weder in der Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden zugunsten der Eisenbahn geändert werden. Es Anm. 1.

Digitized by Google

§ 465. hätte also in der Verkehrsordnung z. B. nicht bestimmt werden dürfen, daß das Gepäck schon binnen drei Tagen abgefordert werden müsse; sie hätte jedoch bestimmen können, daß die Abforderung erst nach 14 Tagen zu erfolgen brauche (§ 471 Abs. 1). Die Verkehrsordnung hat im § 34 Nr. 2 die Vorschrift des § 465 lediglich wiederholt. Dadurch ist bewirkt, daß nunmehr auch zuungunsten der Eisenbahn die Vorschrift nicht geändert werden kann (§ 471 Abs. 2). Es kann also z. B. nicht vereinbart werden, daß die Abforderung erst nach 14 Tagen zu erfolgen brauche.

Anm. 2. Nach Abs. 2 kann die Verkehrsordnung darüber Bestimmung treffen, inwieweit die zu leistende Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränkt werden kann. Nur darf dieser Höchstbetrag sich nicht auf die Fälle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit erstrecken. Die Verkehrsordnung hat in dieser Beziehung in § 34 Nr. 4 bestimmt, daß mit Rücksicht auf besondere Betriebsverhältnisse mit Genehmigung der Landesaufsichtsbehörde unter Zustimmung des Reichseisenbahnamtes die Eisenbahnverwaltungen berechtigt sind, den Ersatz im Tarif (d. h. in gehörig veröffentlichten Tarifen) auf einen Höchstbetrag zu beschränken.

Anm. 3. Der Beweis, daß die Abforderung erfolgt ist, ist von dem Rückgriffsnehmer zu führen. Das folgt aus dem Wortlaute des Abs. 1. Gelingt ihm der Beweis nicht, oder beweist die Eisenbahn, daß die rechtzeitige Abforderung unterblieben ist, so haftet sie überhaupt nicht. Es ist nicht etwa dem Reisenden der Gegenbeweis offen gelassen, daß ein die Haftung der Eisenbahn nach § 456 befreiender Umstand nicht vorliegt (vgl. Hahn Art. 425 § 7). Auf derartige Erörterungen braucht sich die Eisenbahn nicht einzulassen.

Anm. 4. Selbstverständlich aber bleibt der Anspruch auf Herausgabe bestehen, wenn das Gut sich später wieder vorfindet (vgl. § 35 Abs. 2 VerkO.). Ebenso bleiben etwaige Ansprüche wegen unerlaubter vorsätzlicher Handlung bestehen. Ansprüche wegen fahrlässig begangener unerlaubter Handlung aber werden im Sinne des § 465 Abs. 1 als ausgeschlossen anzusehen sein (vgl. § 429 Anm. 30; a. M. Makower § 465 III; Düringer-Hachenburg § 465 Note II 4).

Anm. 5. Nur auf Verlust bezieht sich die Vorschrift des Abs. 1. Jedoch nicht nur auf völligen, sondern auch auf teilweisen Verlust, auf Minderung (vgl. § 34 Abs. 4 u. 6 VerkO.). Nach § 35 Abs. 1 VerkO. sollen fehlende Gepäckstücke nach Ablauf von drei Tagen nach Ankunft des Zuges, zu dem sie aufgegeben sind, als in Verlust geraten betrachtet werden. Diese Vorschrift ist gültig (vgl. § 456 Anm. 3). Für Beschädigungen von Passagiergut haftet die Eisenbahn nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 456 ff.).

Anm. 6. 2. (Abs. 3.) **Haftung der Eisenbahn für nicht aufgegebenes Reisegepäck.** Als solches ist in erster Reihe das sogenannte Handgepäck zu verstehen, das die Reisenden in den Wagen mitnehmen. Ferner aber ist auch das Reisegepäck darunter zu verstehen, das zwar dem zuständigen Eisenbahnbeamten zur Beförderung übergeben, aber nicht ordnungsmäßig abgefertigt ist (vgl. § 32 Nr. 5 VerkO.; Hahn Art. 425 § 4; Goldschmidt System 231).

Anm. 7. Soweit sich die Bestimmung auf das Handgepäck bezieht, ist sie an sich überflüssig. Denn über das Handgepäck wird kein Frachtvertrag geschlossen (RGSt 35, 226), vielmehr erwirbt der Reisende auf Grund des Personentransportvertrages das Recht, es im Wagen unterzubringen, die Aufsicht übernimmt er selbst, und eine Sondervorschrift darüber, daß die Eisenbahn nur für Verschulden haftet, ist eigentlich gar nicht nötig. Sie haftet auch ohnedies nur für Verschulden, also z. B. nicht ohne weiteres für Diebstahl durch Mitreisende (vgl. Hahn Art. 425 § 2; Schott bei Endemann III, 496). Rechtliche Bedeutung gewinnt die Vorschrift aber durch § 471. Danach kann zugunsten der Eisenbahn nichts gegen den vorliegenden Paragraphen Verstoßendes vereinbart werden. Der vorliegende Abs. 3 aber enthält zwar ausdrücklich nur die Bestimmung, daß die Eisenbahn für Handgepäck nur bei Verschulden haftet, aber darin liegt zugleich die Bestimmung, daß die Eisenbahn für Verschulden haftet, und es kann daher gemäß § 471 die Haftung für Verschulden nicht

Digitized by Google

ausgeschlossen werden. Dagegen hätte die Verkehrsordnung bestimmen können, daß die Eisenbahn auch ohne Verschulden haftet. Die Verkehrsordnung aber hat lediglich die Bestimmung unseres Absatzes wiederholt (§ 34 Nr. 6). Dies hat zur Folge, daß auch zuungunsten der Eisenbahn nichts Gegenteiliges vereinbart werden kann. Es kann also z. B. nicht vereinbart werden, daß die Eisenbahn auch ohne Verschulden haftet. § 465.

Das Verschulden muß der Eisenbahn bewiesen werden. Es genügt aber natürlich auch ein Verschulden ihrer Leute (§ 458). Außerdem aber muß angenommen werden, daß die Vorschrift des § 254 BGB. Platz greift, nach der bei konkurrierendem Versehen des Reisenden der Schadenersatz wegfällt oder gemildert werden kann, je nach Bewandtnis der Umstände. Anm. 8.

Zusatz. Im Eisenbahnwagen zurückgelassenes Handgepäck ist von den Eisenbahnangestellten für die Eisenbahn in Verwahrung zu nehmen, und wird es von einem Dritten gefunden, von diesem an die Eisenbahn abzuliefern (§ 978 BGB.). Die Verpflichtung der Eisenbahn zur Verwahrung bildet nicht einen Teil des Personenbeförderungsvertrages (anders OLG. Dresden EisenbE. 22, 12). Denn durch den Personenbeförderungsvertrag wird die Eisenbahn lediglich verpflichtet, dem Reisenden die Mitnahme des Handgepäcks zu gestatten, das aber in dessen Besitz und Obsorge verbleibt. Mit der Beendigung der Personenbeförderung endet auch die Verpflichtung der Eisenbahn aus dem Personenbeförderungsvertrag. Auch ein besonderer Verwahrungsvertrag nach § 688 BGB. wird über das zurückgelassene Handgepäck nicht abgeschlossen. Das ist ohne weiteres klar, wenn ein Eisenbahnangestellter, z. B. ein Schaffner, das Gepäckstück an sich nimmt. Dasselbe gilt aber auch, wenn ein Dritter das Gepäckstück an die Eisenbahn abliefert. Denn er erfüllt damit nur die ihm nach § 978 BGB. obliegende Verpflichtung — (anders Nehse in Ztg. d. Ver. D. EisenbVerw. 05, 1057, 1514; ferner ebenda 1273). Dagegen ergibt sich aus §§ 978 ff. BGB., daß der Eisenbahn eine gesetzliche Verwahrungspflicht obliegt, die sich, soweit nicht die Vorschriften der §§ 979 ff. BGB. eingreifen, mangels anderweitiger Regelung nach §§ 688 ff. BGB. bestimmt wird. Anm. 9.

§ 466.

Die Eisenbahn haftet für den Schaden, welcher durch Versäumung der Lieferfrist entsteht, es sei denn, daß die Verspätung von einem Ereignisse herrührt, welches sie weder herbeigeführt hat noch abzuwenden vermochte. § 466.

Der Schaden wird nur insoweit ersetzt, als er den in dem Frachtbriefe, dem Gepäckschein oder dem Beförderungsschein als Interesse an der Lieferung nach Maßgabe der Eisenbahnverkehrsordnung angegebenen Betrag und in Ermangelung einer solchen Angabe den Betrag der Fracht nicht übersteigt. Für das Reisegepäck kann an Stelle der Fracht durch die Eisenbahnverkehrsordnung ein anderer Höchstbetrag bestimmt werden.

Inwieweit ohne den Nachweis eines Schadens eine Vergütung zu gewähren ist, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung.

Der Ersatz des vollen Schadens kann gefordert werden, wenn die Versäumung der Lieferfrist durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt ist.

Lit.: Eger in SächsA. 11, 206, und wie zu § 464.

Der vorliegende Paragraph regelt die Haftpflicht der Eisenbahn für verspätete Ablieferung des Gutes.

1. (Abs. 1.) **Unter welcher Voraussetzung wird gehaftet?** Aus Abs. 1 geht das jedenfalls sicher hervor, daß der Rückgriffsnehmer nichts weiter zu beweisen braucht, als daß ihm durch die Versäumung der Lieferfrist ein Schaden entstanden ist. Anm. 1.

Digitized by Google

§ 466. Zweifelhaft aber ist, wodurch sich die Eisenbahn entschuldigen kann.

Anm. 2. Pappenheim (das Transportgeschäft nach dem Entwurf eines neuen HGB., 1896) meint, daß nach dem Wortlaut unseres Paragraphen und der Entstehungsgeschichte des Art. 39 des Internationalen Übereinkommens, mit welchem der vorliegende Paragraph nach der Absicht des Gesetzgebers übereinstimmen sollte, die Eisenbahn sich durch den Nachweis gehöriger Sorgfalt entlasten kann, so daß also nichts weiter als eine Anwendung der für alle Frachtverträge geltenden Vorschrift des § 429 vorläge. Cosack § 9 III 1a schließt sich ihm an. Wir vermögen das nicht. Nach der D. 293 war allerdings eine Übereinstimmung mit dem Berner Übereinkommen beabsichtigt. Aber weiter war nach der Denkschrift beabsichtigt, in den § 466 nicht eine Anwendung des § 429, sondern eine Abweichung der Haftung nach der Richtung einer Verschärfung hineinzulegen. Es kann nun aber dahingestellt bleiben, ob das Berner Übereinkommen anders zu verstehen ist, als der Gesetzgeber des HGB. es verstanden hat. Denn jedenfalls war es seine Absicht, dem § 466 Abs. 1 den Sinn zu geben, den er, der Gesetzgeber des HGB., in den Art. 39 des Berner Abkommens hineinlegte, und so muß, wenn der Wortlaut des § 466 nicht zwingend entgegensteht, der § 466 in diesem Sinne ausgelegt werden. Der Gesetzgeber des HGB. hat aber, wie gesagt, eine Abweichung von § 429, eine strengere Haftung, als dort vorgesehen, aussprechen wollen. Deshalb und da der Wortlaut des § 466 dieser Auslegung nicht entgegensteht, der Wortlaut und namentlich die Abweichung von § 429 sie eher noch unterstützt, muß angenommen werden, daß der § 466 eine strengere Haftung als § 429 bestimmt. Die Eisenbahn kann sich hiernach nicht einfach damit entschuldigen, daß sie das schadenbringende Ereignis nicht verschuldet, und daß sie es auch mit der Anwendung gehöriger Sorgfalt nicht hat abwenden können, sondern sie muß beweisen, daß sie es überhaupt nicht herbeigeführt hat, und daß sie es überhaupt nicht hat abwenden können. Als selbstverständlich muß man dabei natürlich annehmen, daß sie durch höhere Gewalt entschuldigt wird. Dagegen ist es ebenso selbstverständlich, daß sie für die Handlungen ihrer Leute haftet (§ 458).

Anm. 3. Nach § 471 kann diese Vorschrift weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Parteiabrede zugunsten der Eisenbahn abgeändert werden. Die Verkehrsordnung hat die Bestimmung in § 86 lediglich wiederholt. Daraus folgt nun gemäß § 471 Abs. 2, daß die Bestimmung auch zuungunsten der Eisenbahn durch Parteivereinbarung nicht abgeändert werden kann, also daß z. B. nicht vereinbart werden kann, daß sie schlechtweg für den Schaden hafte, unter Ausschluß des ihr im Abs. 1 offengehaltenen Gegenbeweises.

Anm. 4. 2. (Abs. 2, 3 und 4.) Hinsichtlich der Höhe des Ersatzes ist die wichtige Bestimmung getroffen, daß er den deklarierten Betrag und in Ermangelung eines solchen den Betrag der Fracht nicht übersteigt. Für Reisegepäck kann an Stelle der Fracht ein anderer Höchstbetrag durch die Eisenbahnverkehrsordnung bestimmt werden.

Anm. 5. Nach Abs. 3 kann auch ohne den Nachweis eines Schadens eine Vergütung gewährt werden, wenn und soweit dies die Verkehrsordnung bestimmt.

Die Verkehrsordnung hat in §§ 87, 36 Bestimmungen über diese Materie erlassen. Dieselben können durch Parteiabreden nicht geändert werden, auch nicht zuungunsten der Eisenbahn (§ 471 Abs. 2). Nach § 87 Abs. 2 VerkO. braucht die Eisenbahn keine Vergütung zu leisten, wenn sie beweist, daß ein Schaden nicht entstanden ist. Diese Bestimmung widerspricht nicht dem § 466 Abs. 3. Denn die Befreiung des Absenders vom Nachweis des Schadens schließt die Führung des Gegenbeweises nicht aus. Der Fall des § 430 liegt anders. Dort muß sich der Absender mit dem in § 430 festgesetzten Entschädigungsbetrage begnügen (vgl. § 430 Anm. 4). Hier aber kann der Absender nachweisen, daß ihm ein höherer Schaden entstanden ist, als die von der Verkehrsordnung nach § 466 Abs. 3 in § 87 festgesetzten Vergütungen ausmachen. Umgekehrt muß aber auch der Eisenbahn der Gegenbeweis gestattet sein, daß überhaupt kein Schaden entstanden ist (ebenso Gerstner, Der neueste Stand des Berner internationalen Übereinkommens, S. 114; OGH. Wien in EisenbE. 17, 49; Reindl in

Digitized by Google

Ztg. d. Ver. D. EisVerw. 02, 1123; anders Eger § 87 VerkO. Anm. 467; OLG. Kolmar in EisenbE. 17, 59). § 466.

Über die Deklaration und ihre Bedeutung s. § 463 Anm. 4. Die Deklaration des Lieferungsinteresses bezieht sich hiernach zugleich auf das Interesse an der rechtzeitigen Lieferung (Cosack § 90 2b α). Anm. 6.

Jede Beschränkung auf den Höchstbetrag fällt nach Abs. 4 fort, wenn Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit auf seiten der Eisenbahn (oder ihrer Leute) vorliegt. Daran könnte auch die Verkehrsordnung nichts ändern und sie hat auch daran nichts geändert, sondern nur die Vorschrift wiederholt (§ 87 Nr. 3 und § 88). Grobe Fahrlässigkeit liegt z. B. vor, wenn die Eisenbahn ein als Eilgut aufgegebenes Gut als gewöhnliches Frachtgut befördert (Appellhof Lyon in EisenbE. 20, 16); oder bei falscher Umladung von Reisegepäck, das mit großer, deutlicher, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht zu übersehender Adresse versehen war (RG. in EisenbE. 22, 28). Anm. 7.

Nicht unter § 466 fällt es, wenn bei der Absendung eines zur Beförderung von Personen und Gütern bestellten Sonderzuges ein mit Gütern beladener Wagen nicht mit dem Sonderzug zum Abgang kommt und durch die spätere Nachsendung dem Besteller des Sonderzuges ein Schaden erwächst. Die Eisenbahn haftet hier nach §§ 454, 429 (RG. in Holdheim 05, 289). Anm. 8.

§ 467.

Werden Gegenstände, die von der Beförderung ausgeschlossen oder zur Beförderung nur bedingungsweise zugelassen sind, unter unrichtiger oder ungenauer Bezeichnung aufgegeben oder werden die für diese Gegenstände vorgesehenen Sicherheitsmaßregeln von dem Absender unterlassen, so ist die Haftpflicht der Eisenbahn auf Grund des Frachtvertrags ausgeschlossen. § 467.

Lit.: wie zu § 453.

Der vorliegende Paragraph enthält einige Befreiungsgründe der Haftpflicht der Eisenbahn, beruhend auf der Tätigkeit des Absenders.

1. Die unrichtige oder ungenaue Angabe ist ein objektiver Ausschließungsgrund. Ist die Bezeichnung objektiv unrichtig oder ungenau, so ist die Bahn befreit, auch wenn der Absender sie nicht verschuldet hat, wenn ihm also keine böse Absicht, auch nicht grobe oder geringe Fahrlässigkeit zur Last fällt, sondern entschuldbarer Irrtum oder Zufall. Auch konkurrierendes Verschulden auf seiten der Eisenbahn wäre gleichgültig, z. B. wenn sie die Unrichtigkeit hätte bemerken können. Wenn aber die Eisenbahnverwaltung selbst die unrichtige Bezeichnung verschuldet hat, so muß angenommen werden, daß der Befreiungsgrund wegfällt. Wollte man dies nicht annehmen, so würde man der ohnehin schon sehr schweren und formellen Vorschrift einen allzu formellen Charakter beilegen, der mit anerkannten Rechtsgrundsätzen im schroffen Widerspruch steht. Die gleiche Erwägung führt zu der Annahme, daß, wenn die Eisenbahnverwaltung die unrichtigen Angaben gekannt hat, die Befreiung nicht eintritt. (Anders Rudorff 325; Makower § 467 IIb 1; OLG. München, Ztg. d. Ver. D. EisenbVerw. 01, 172). Anm. 1.
2. Die Haftung auf Grund des Frachtvertrages ist ausgeschlossen. Also auch dann, wenn die Eisenbahn Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit trifft. Aber eben nur die Haftung auf Grund des Frachtvertrages. Enthält das Verhalten der Eisenbahn gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB., so ist diese Haftung nicht ausgeschlossen (OLG. München a. a. O.). Anm. 2.

Dagegen ist es gleichgültig, ob es sich um Verlust oder Beschädigung oder Minderung oder Verspätung der Lieferung handelt. Anm. 3.

Auch das ist gleichgültig, ob der Schaden durch die Gefahr entstanden ist, wegen deren die betreffenden Gegenstände bei der Beförderung ausgeschlossen oder nur bedingt zugelassen waren.

Digitized by Google

§ 467. Aber nur die Haftung ist ausgeschlossen. Die übrigen Pflichten aus dem Frachtvertrage
Anm. 4. (die Pflicht zur Ablieferung, zur Erfüllung der Zollpflichten, zur Einziehung der Nachnahme) bestehen fort. Der Frachtvertrag selbst bleibt also im übrigen unberührt.

Anm. 5. 3. Werden ausgeschlossene oder nur bedingt zur Beförderung zugelassene Gegenstände mit anderen zusammen befördert, so ist die Haftung nur wegen der ersteren ausgeschlossen.

Anm. 6. 4. Gegenteilige Bestimmungen können weder in der Verkehrsordnung, noch durch Abrede getroffen werden. Die Verkehrsordnung hat im § 89 die Bestimmung wiederholt. Gegenteilige Abreden sind nunmehr auch nicht zuungunsten der Eisenbahn zulässig (§ 471). Es darf daher z. B. nicht vereinbart werden, daß bei irrtümlich unrichtiger Deklaration die Eisenbahn haftet.

Anm. 7. Zusatz. Außerdem haftet der Absender bei schuldhaftem Verhalten für den durch die unrichtige Angabe verursachten Schaden (RG. 15, 151; 37, 11) wie auch für mangelhafte Verpackung (RG. 15, 151 u. 154) und bei Ausstellung eines Frachtbriefes auch ohne Verschulden (vgl. § 426 Anm. 16). Die Beweisvermutungen des § 459 gelten hier nicht (§ 459 Anm. 15).

§ 468.

§ 468. Für den Fall, daß auf dem Frachtbrief als Ort der Ablieferung ein nicht an der Eisenbahn liegender Ort bezeichnet wird, kann bestimmt werden, daß die Eisenbahn als Frachtführer nur für die Beförderung bis zur letzten Eisenbahnstation haften, bezüglich der Weiterbeförderung dagegen die Verpflichtungen des Spediteurs übernehmen soll.

Lit.: wie zu § 453.

Übernahme von Güterbeförderungen nach einem nicht an der Eisenbahn liegenden Orte.

Anm. 1. 1. **Inhalt der Vorschrift.** Einen solchen Frachtvertrag braucht die Eisenbahn eigentlich nicht abzuschließen (§ 453). Wenn sie es dennoch tut, so ist ihr in dem vorliegenden Paragraphen gestattet, ihre Haftung einzuschränken, nämlich dahin, daß sie bis zur letzten Eisenbahnstation als Frachtführer nach den Regeln des Eisenbahnfrachtrechts haftet und auch die sonstigen Verpflichtungen eines Frachtführers bis dahin hat, für die Weiterbeförderung dagegen nur die Verpflichtungen eines Spediteurs. Darin liegt eine Erweiterung der Vertragsfreiheit, die sonst durch §§ 456 ff., 471 eingeschränkt ist. Außerdem liegt darin die Einräumung an die Verkehrsordnung, die Haftungsbeschränkung bindend zu bestimmen. Es „kann bestimmt werden", bedeutet eben beides; Bestimmung durch die Verkehrsordnung und Bestimmung durch Vertrag.

Anm. 2. 2. **Die Rechtsfolge** ist, daß die Eisenbahn für die Weiterbeförderung von ihrer Endstation bis zum Ablieferungsorte nur die Verpflichtungen als Spediteur hat, d. h. nicht nur die Haftpflicht als Spediteur, sondern auch alle sonstigen Verpflichtungen. Dagegen hat sie auch für diese Strecke lediglich die Rechte als Frachtführer, so hat sie insbesondere für diese Weiterbeförderung keine Provision zu beanspruchen.

Anm. 3. 3. Die Verkehrsordnung hat im § 76 von der Befugnis des vorliegenden Paragraphen Gebrauch gemacht und bestimmt, daß die Pflichten der Eisenbahn in der hier gestatteten Weise beschränkt werden. Für Sendungen nach solchen seitwärts belegenen Orten jedoch, nach denen die Eisenbahn Einrichtungen für die Weiterbeförderung getroffen hat, erstreckt sich die Haftpflicht der Eisenbahn als Frachtführer auf den ganzen Transport. Dies bestimmt § 76 Abs. 2 VerkO. Es bezieht sich das aber nur auf die Haftpflicht der Eisenbahn, dagegen hat die Eisenbahn auch hier die Verpflichtungen als Spediteur (anders Makower § 468 V).

Anm. 4. Diese Bestimmung der Verkehrsordnung hält sich im gesetzlichen Rahmen. Sie weicht zwar von § 468 ab, aber die Abweichung enthält eine Begünstigung des Publikums und ist deshalb gültig (§ 471 Abs. 1). Vereinbarungen gegen diese Bestimmung der Verkehrsordnung sind aber ungültig, auch wenn sie das Publikum günstiger stellen (§ 471 Abs. 2).

Digitized by Google

§ 469.

§ 469. Wird die Beförderung auf Grund desselben Frachtbriefs nach § 432 Abs. 2 durch mehrere auf einander folgende Eisenbahnen bewirkt, so können die Ansprüche aus dem Frachtvertrag, unbeschadet des Rückgriffs der Bahnen unter einander, im Wege der Klage nur gegen die erste Bahn oder gegen diejenige, welche das Gut zuletzt mit dem Frachtbrief übernommen hat, oder gegen diejenige, auf deren Betriebsstrecke sich der Schaden ereignet hat, gerichtet werden.

Unter den bezeichneten Bahnen steht dem Kläger die Wahl zu; das Wahlrecht erlischt mit der Erhebung der Klage.

Im Wege der Widerklage oder mittelst Aufrechnung können Ansprüche aus dem Frachtvertrag auch gegen eine andere als die bezeichneten Bahnen geltend gemacht werden, wenn die Klage sich auf denselben Frachtvertrag gründet.

Lit.: wie zu § 453.

Anm. 1. 1. Der Paragraph enthält eine Einschränkung der im § 432 angeordneten Haftung. Nach § 432 haften bei durchgehendem Frachtbrief die mehreren Frachtführer als Gesamtschuldner. Nach § 471 dürfen die Eisenbahnen diese Haftbarkeit nicht ablehnen oder beschränken. Doch wird ihre Haftbarkeit durch den vorliegenden Paragraphen in gewissem Umfange eingeschränkt.

Anm. 2. 2. Vorausgesetzt ist ein durchgehendes Gut (Transitgut) mit einem durchgehenden Frachtbrief, d. h. mit einem Frachtbrief, der auf die einheitliche Ausführung des Transports durch mehrere aufeinanderfolgende Eisenbahnen gerichtet ist. Das Aufeinanderfolgen setzt nicht gerade voraus, daß die Schienengleise beider Bahnen ineinanderlaufen, noch, daß die Weiterbeförderung des Gutes bis zur unmittelbaren Übergabe an die nächste Bahn in einem und demselben Eisenbahnbetriebe stattfindet. Es kann sich die Eisenbahn auch anderer Mittel bedienen, um das Gut von ihren Schienen auf die der anderen Bahn zu bringen, z. B. durch Wagen oder Schiffe, ohne daß jener Begriff dadurch aufgehoben ist.

Anm. 3. 3. Unter dieser Voraussetzung ist die samtschuldnerische Haftung der mehreren Frachtführer in der hier erwähnten Weise beschränkt. Es haftet:

a) Jedenfalls die erste Bahn. Diese kann ihre Haftung nicht ablehnen oder einschränken. Um ihre Haftpflicht zu begründen, genügt der Beweis, daß der Frachtvertrag mit ihr abgeschlossen ist und sie das Gut übernommen hat (vgl. RG. 1, 2).

Anm. 4. b) Jedenfalls auch die Bahn, die das Gut zuletzt mit dem Frachtbrief übernommen hat, also als Gesamtschuldner neben jener, und es kann auch diese Haftpflicht nicht abgelehnt oder eingeschränkt werden. Zur Begründung dieser Haftpflicht genügt es, daß sie das Gut mit dem Frachtbrief übernommen hat. Daß sie das Gut nebst Frachtbrief weitergegeben hat, hätte sie zu beweisen (Hahn Art. 429 § 2; Foertsch Anm. 3; anders Eger 547). Die hier in Anspruch genommene Bahn kann im Verhältnis zum ganzen Transport auch eine Zwischenbahn sein. Wo das Gut unterwegs verloren gegangen ist, ob gerade auf ihrer Strecke, braucht dieser Bahn nicht bewiesen zu werden (Reichsgerichtsannalen 4 S. 489).

Anm. 5. c) Außerdem haftet die Bahn, auf deren Strecke sich der Schaden ereignet hat, also wiederum als Gesamtschuldner mit den zu a und b erwähnten Bahnen, jedoch mit der ihr zu beweisenden Voraussetzung, daß der Schade sich auf ihrer Strecke ereignet hat (nicht gerade, daß er durch sie verursacht ist — Eger 3, 548 und § 74 VerkO. Anm. 401).

Anm. 6. d) Es haften dann aber nicht die übrigen Zwischenbahnen. Diese sind befreit, selbst für den Fall, daß die zu a—c erwähnten Bahnen zahlungsunfähig sein sollten. Machen jedoch diese anderen Bahnen Ansprüche aus dem Frachtvertrage geltend, so kann der in Anspruch Genommene seinen Ersatzanspruch widerklagend oder mittels Aufrechnung geltend

Digitized by Google

§ 469. machen, soweit er ihn auf Grund der §§ 456ff. zu begründen vermag; der § 469 Abs. 1 greift dann aber nicht Platz.

Anm. 7. e) Unter den zu a—c erwähnten Bahnen steht dem Kläger das Wahlrecht zu, das mit der Erhebung der Klage ausgeübt wird (Abs. 2). Aus der Verbindung „oder" in Abs. 1 und aus der Bestimmung des Abs. 2 wird zu schließen sein, daß der Kläger diese ihm haftbaren Bahnen nicht gleichzeitig verklagen kann (Eger Art. 27 BernFrachtÜb. Anm. 149; Düringer-Hachenburg § 469 Note III).

Anm. 8. 4. Der Rückgriff der Eisenbahnen untereinander brauchte nicht besonders vorbehalten zu werden. Die Bestimmung ist überflüssig. Für diesen Rückgriff ist § 432 Abs. 3 maßgebend.

Anm. 9. 5. Bestimmungen, durch welche die im § 469 der Eisenbahn auferlegten Verpflichtungen aufgehoben oder beschränkt werden, dürfen weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden getroffen werden (§ 471). Das bezieht sich aber nicht auf den Rückgriff der Eisenbahn untereinander. Für diese gilt § 432 Abs. 3 und dieser kann, wie § 471 ergibt, beliebig geändert werden.

Anm. 10. Die Verkehrsordnung hat in § 74 die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen wiederholt, auch hinsichtlich des Rückgriffs auf den § 432 Abs. 3, jedoch mit der nach dem Gesagten zulässigen Abänderung, daß die Eisenbahnen befugt sind, über den Rückgriff untereinander im voraus oder im einzelnen Falle andere Vereinbarungen zu treffen.

Anm. 11. Parteiabreden, die gegen die in der Verkehrsordnung aufgestellten Bestimmungen verstoßen, sind ungültig, auch soweit sie der Eisenbahn günstig sind (§ 471 Abs. 2). Es kann z. B. nicht vereinbart werden, daß sämtliche beteiligten Frachtführer schlechtweg haften sollen.

§ 470.

§ 470. Ansprüche der Eisenbahn auf Nachzahlung zu wenig erhobener Fracht oder Gebühren sowie Ansprüche gegen die Eisenbahn auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht oder Gebühren verjähren in einem Jahre, sofern der Anspruch auf eine unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Fehler bei der Berechnung gestützt wird. Die Verjährung beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Zahlung erfolgt ist.

Die Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht oder Gebühren sowie die Verjährung der im § 439 Satz 1 bezeichneten Ansprüche wird durch die schriftliche Anmeldung des Anspruchs bei der Eisenbahn gehemmt. Ergeht auf die Anmeldung ein abschlägiger Bescheid, so beginnt der Lauf der Verjährungsfrist wieder mit dem Tage, an welchem die Eisenbahn ihre Entscheidung dem Anmeldenden schriftlich bekannt macht und ihm die der Anmeldung etwa angeschlossenen Beweisstücke zurückstellt. Weitere Gesuche, die an die Eisenbahn oder an die vorgesetzten Behörden gerichtet werden, bewirken keine Hemmung der Verjährung.

Lit.: Reindl in EisenbE. 21, 318 u. in DJZ. 03, 100; Eger ebenda 122 u. in SächsA. 13, 129; Eppstein in EisenbE. 22, 320; Coermann in Ztg. d. Ver. D. EisenbVerw. 02, 386; Hertzer ebenda 553, 627; Schmidt in EisenbE. 22, 195, 328, 423.

Der vorliegende Paragraph handelt von der Verjährung der Ansprüche aus dem Eisenbahnfrachtvertrage.

Anm. 1. 1. Zunächst ist zu erwähnen, daß der § 439 auch beim Eisenbahnfrachtvertrage Anwendung findet. Das bedeutet: die Ansprüche gegen die Eisenbahn aus dem Frachtvertrage wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Absendung verjähren ebenso in einem Jahre, wie die Ansprüche gegen jeden anderen Frachtführer. Im einzelnen

Digitized by Google

finden gemäß § 439 die Vorschriften des § 414 Anwendung. Vgl. Näheres hierüber zu § 439. § 470.

Die Vorschriften des § 439 können durch die Eisenbahnverkehrsordnung zugunsten der Eisenbahn nicht geändert werden (§ 471). Wohl aber könnte die Verkehrsordnung zuungunsten der Eisenbahn die Vorschriften ändern. Anm. 2.

Die Eisenbahnverkehrsordnung hat im § 91 die Vorschriften im allgemeinen wiederholt. Soweit die Wiederholung erfolgt ist, kann nunmehr eine Änderung auch zuungunsten der Eisenbahn nicht erfolgen (§ 471 Abs. 2). Anm. 3.

Im übrigen finden auf die Verjährung die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung Anwendung (vgl. § 159 Anm. 12ff. und § 160).

2. Der einjährigen Verjährung sind nach unserem Paragraphen weiter unterworfen (Abs. 1): Anm. 4.

a) die Ansprüche der Eisenbahnen auf Nachzahlung zu wenig erhobener Fracht,

b) die Ansprüche gegen die Eisenbahnen auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht,

beide Ansprüche unter der Voraussetzung, daß sie auf eine unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Fehler bei der Berechnung gestützt werden. Es muß also der Tarif mit einem Satze zur Anwendung gelangt sein, der auf die seine Unterlagen bildenden Beförderungsanlagen nicht paßt, oder es muß bei der Berechnung des an sich richtigen Tarifsatzes ein Fehler unterlaufen sein (RG. 64, 285). Diese Voraussetzung ist daher nicht gegeben, wenn kein Fehler bei der Tarifierung vorliegt, sondern die Deklarierung falsch ist, sei es, daß dies auf Vorsatz oder auf Fahrlässigkeit des Absenders beruht. Demnach gehören die Frachtzuschläge des § 53 Abs. 7—12 VerkO. nicht hierher. Sie unterliegen nicht der einjährigen Verjährung, sondern verjähren als zur Fracht gehörige Vertragsstrafen gemäß § 196 Ziff. 3 BGB. in zwei Jahren (RG. in EisenbE. 22, 74; RG. 64, 287; vgl. auch § 426 Anm. 16). Ebensowenig trifft die obige Voraussetzung für die Gebühren zu, die für die Beförderung auf Anschluß- oder Nebengleisen zur Verbindung der öffentlichen Bahnstrecke mit Fabriken, Zechen usw. erwachsen. Denn die Erhebung dieser Gebühren erfolgt überhaupt nicht auf Grund von Tarifen im Sinne des § 467 und § 7 VerkO. (Eger § 7 Anm. 25). Sie verjähren daher gleichfalls erst in zwei Jahren (Eger § 61 Anm. 297; RG. in EisenbE. 15, 208).

Die Verjährung beginnt mit dem Ablauf des Tages, an dem die Zahlung erfolgt ist; und erfolgte die Zahlung noch vor dem 1. Jan. 1900, spätestens am 1. Jan. 1900 (Art. 169 EG. z. BGB.; Art. 2 EG. z. HGB.; RG. in Holdheim 14, 239).

3. Die Ansprüche gegen die Eisenbahn, die zu 1 und 2 behandelt sind, werden in ihrer Verjährung gehemmt durch die schriftliche Anmeldung des Anspruchs bei der Eisenbahn. Weiteres siehe Abs. 2. Die Hemmung bewirkt, daß während der Hemmungszeit die Verjährung nicht läuft. Sie läuft aber weiter (unter Zuzählung der früheren Frist) nach Wegfall des Hemmungsgrundes (§ 205 BGB.). Anm. 5.

4. Die Vorschriften zu 2 u. 3 können durch die Verkehrsordnung zugunsten der Eisenbahnen nicht geändert werden. Die Verkehrsordnung hat im § 91 Nr. 3 und § 61 Nr. 5 die Vorschriften wiederholt. Nunmehr sind Abänderungen auch zuungunsten der Eisenbahnen nicht zulässig (§ 471). Anm. 6.

§ 471.

Die nach den Vorschriften des § 432 Abs. 1, 2, der §§ 438, 439, 453, 455 bis 470 begründeten Verpflichtungen der Eisenbahnen können weder durch die Eisenbahnverkehrsordnung noch durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden. § 471.

Bestimmungen, welche dieser Vorschrift zuwiderlaufen, sind nichtig. Das Gleiche gilt von Vereinbarungen, die mit den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung im Widerspruche stehen.

Lit.: wie zu § 453.

Digitized by Google

§ 471. Unzulässigkeit von Bestimmungen gegen gewisse eisenbahnfrachtrechtliche Vorschriften und gegen die Eisenbahnverkehrsordnung.

Anm. 1. 1. **Die im Abs. 1 zitierten Gesetzesvorschriften** können zugunsten der Eisenbahn weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Vertrag geändert werden. Dieser Punkt wurde an den einzelnen Stellen eingehend besprochen.

Zuwiderlaufende Vereinbarungen sind nichtig (vgl. hierüber Anm. 3).

Anm. 2. 2. **Gegen die Vorschriften der Verkehrsordnung sind Vereinbarungen überhaupt ungültig,** also auch, soweit sie das Publikum begünstigen. Der Eisenbahnverwaltung soll wohl hierdurch die Möglichkeit abgeschnitten werden, mit dem einen günstiger, mit dem andern ungünstiger abzuschließen (vgl. § 453 Anm. 4).

Anm. 3. Selbstverständlich setzt dies voraus, daß die Bestimmung der Verkehrsordnung selbst gültig ist und nicht etwa gegen die gesetzlichen Vorschriften im Sinne einer dem Publikum ungünstigen Abänderung verstößt.

Anm. 4. 3. **Zuwiderlaufende Vereinbarungen sind nichtig.** Ob dadurch der ganze Vertrag oder nur die zuwiderlaufende Vereinbarung nichtig wird, ist nach § 139 BGB. zu entscheiden. Meist wird wohl der Vertrag gültig und die Vereinbarung nichtig sein.

§ 472.

§ 472. Die Vorschriften über die Beförderung von Personen auf den Eisenbahnen werden durch die Eisenbahnverkehrsordnung getroffen.

Lit.: Schott bei Endemann III §§ 352—363; Heinrich Göppert, Zur rechtlichen Natur der Personenbeförderung auf Eisenbahnen, Dissertation, Berlin 94; Johannes Leeb, Rechtliche Studien über den Eisenbahntransportvertrag, München 95; Weber in Ztg. d. Ver. D. EisenbVerw. 02, 146 u. 402; Eger in DJZ. 01, 107; Bayersdorf, Die rechtliche Natur der Eisenbahnfahrkarte 03; derselbe in EisenbE. 20, 79; Müller in Bad. Rpr. 05, 363.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Personenbeförderung auf den Eisenbahnen.** Es erscheint aber erforderlich, bei dieser Gelegenheit **das Recht der Personenbeförderung überhaupt zu erörtern.**

Anm. 1. 1. **Quellen des Personenbeförderungsrechts.** Die Personenbeförderung zur See behandeln die §§ 664 ff. HGB. Die Personenbeförderung auf Flüssen und Binnengewässern ist im Binnenschiffahrtsgesetz nicht besonders geregelt; es kommen die allgemeinen Regeln der Binnenschiffahrt zur Anwendung; hiernach bestimmt sich z. B. die Haftung des Schiffseigners für Verschulden der Schiffsleute. Bezüglich des aufgegebenen Reisegepäcks gilt Flußfrachtrecht. Im übrigen kommt das bürgerliche Recht über Werkverdingung zur Anwendung, soweit nicht die Vorschriften des Handelsrechts Platz greifen. Die Vorschriften des Handelsrechts greifen aus den gleichen Gründen Platz, wie bei der Personenbeförderung zu Lande (siehe daher das Folgende).

Anm. 2. Die Personenbeförderung zu Lande unterliegt dem Handelsrecht nur, wenn sie von einer dazu bestimmten Anstalt betrieben wird (vgl. hierüber § 1 Nr. 5 und Erläuterung dazu) oder von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe, mag auch dieser Betrieb sich im übrigen auf andere Geschäfte richten. Denn dann ist der Vertrag ein Handelsgeschäft (§ 343). Ergänzend gelten die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Werkverdingung (vgl. unten Anm. 3).

Anm. 3. 2. **Die rechtliche Natur des Personenbeförderungsvertrages.** Sein Inhalt ist die Beförderung einer Person von Ort zu Ort. Die Erreichung dieses Erfolges geschieht durch Hergabe von Beförderungsmaterial und Leistung von Diensten. Es liegt also ein Werkvertrag vor (Cosack § 97 I, 1 a; JW. 05, 484[1]; RG. 62, 120). Dieselbe Natur hat auch ein Vertrag, durch den die Verpflichtung übernommen wird, die Beförderung mittels eines von einem Treiber geleiteten Reittieres zu bewirken (JW. 06, 463[20]).

Digitized by Google

Was das Reisegepäck anbetrifft, so kommt es darauf an, ob es dem Unternehmer übergeben wird oder ob es der Reisende mitnimmt. Wird z. B. der Reisekoffer dem Kutscher auf den Bock gelegt, so ist er dessen Obhut anvertraut, und es liegt ein neben dem Personenbeförderungsvertrage abgeschlossener Frachtvertrag vor. Dagegen bleibt das Geschäft ein reiner Personenbeförderungsvertrag, wenn der Reisende das Passagiergut in seine eigene Obhut nimmt, z. B. in der Hand behält oder auf den Schoß legt oder sich gegenüber auf die leere Seite des Wagens legt. § 472. Anm. 4.

Wer übrigens lediglich Beförderungsmittel stellt, die erforderlichen Dienste aber nicht leistet, ist kein Personenbeförderer.

3. **Die Form des Personenbeförderungsvertrages** richtet sich nach allgemeinen Regeln. Der Vertrag ist also formlos. Für die Eisenbahn siehe unten Anm. 10ff. Anm. 5.

4. **Die Wirkungen des Personenbeförderungsvertrages** richten sich, wie gesagt, nach den Regeln des Werkvertrages. Der Unternehmer hat den Transport zu bewirken und alles Zweckdienliche hierzu zu leisten. Zu den vertragsmäßigen Verpflichtungen des Unternehmers gehört, daß er die Beförderung ohne Beschädigung der Gesundheit des Reisenden ausführt. Bei einem eingetretenen Unfall hat er daher das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, nach § 278 BGB. in gleicher Weise zu vertreten, wie sein eigenes Verschulden, ohne daß ihm, wie bei Inanspruchnahme aus unerlaubter Handlung, nach § 831 BGB. der Entlastungsbeweis dahin zusteht, daß er bei der Auswahl mit der gehörigen Sorgfalt verfahren ist (RG. 62, 120). Der Passagier hat das Reisegeld zu zahlen. Regelmäßig hat der Reisende nicht das Recht, sein Recht auf andere zu übertragen, nachdem er die Reise begonnen hat. (Näheres hierüber unten beim Eisenbahnbeförderungsvertrag.) Anm. 6.

5. **Insbesondere die Personenbeförderung auf der Eisenbahn.** Anm. 7.

a) **Rechtsquellen.** Auch hierüber hat das HGB. keine Vorschriften. Der vorliegende Paragraph überläßt alles der Verkehrsordnung und damit ist diese auch insoweit zur Rechtsverordnung erhoben. Aber ihre Vorschriften sind hier nicht zwingend. Sie können also durch Parteiabreden geändert werden, sowohl zuungunsten, als auch zugunsten der Eisenbahn (Cosack § 97 I 1; Wanninger 6). Soweit die Verkehrsordnung keine Vorschriften enthält, kommt ergänzend das BGB. zur Anwendung (vgl. JW. 05, 484[1]).

Eine internationale Regelung der Personenbeförderung durch die Eisenbahnen ist bisher noch nicht erfolgt.

b) **Besteht für die Eisenbahn ein Vertragszwang hinsichtlich der Personenbeförderung?** Das HGB. schafft einen solchen nicht. Nach der Verkehrsordnung § 6 besteht in gewissem Umfange ein Vertragszwang. Anm. 8.

c) **Die rechtliche Natur des Eisenbahn-Personenbeförderungsvertrags** ist keine andere, wie die jedes anderen Personenbeförderungsvertrages. Er ist also ein Werkvertrag (Cosack § 97 I 1 a; JW. 05, 426[4] u. 484[1]). Dies ändert sich auch dadurch nicht, daß Vertragszwang besteht; es entsteht dadurch keine obligatio ex lege (Goldschmidt, System, § 127 Nr. 2). Sie ändert sich ferner dadurch nicht, daß der Reisende zugleich mit dem Fahrschein oder später eine Platzkarte lösen muß. Dadurch tritt nicht etwa, wie Göppert 62 will, eine Verbindung von Werkvertrag und Sachmiete ein. Denn die Benutzung eines Platzes steht dem Reisenden beim Personenbeförderungsvertrage stets zu. Sie gehört zum Inhalt des Beförderungsvertrages: die Beförderung geschieht eben in der Weise, daß der Passagier in dem Beförderungsmaterial einen Platz sitzend einnimmt, der ihm zu diesem Zwecke gewährt wird (vgl. oben Anm. 6). Ob der Reisende sich den Platz aussucht, oder ob er ihm angewiesen wird, ob es ein bestimmt numerierter Platz oder ein anderer ist, ob er dafür eine besondere Gebühr entrichtet (die lediglich als Zuschlag zum Fahrpreise zu betrachten ist), das ist für die rechtliche Natur des Vertrags alles gleichgültig. Anm. 9.

Die internationale Schlafwagengesellschaft (eine juristische Person) schließt keinen Personenbeförderungsvertrag mit dem Reisenden ab. Sie stellt nur Wagen mit besonderen Bequemlichkeiten in die Züge ein. Die Beförderung dieser Wagen erfolgt durch die Bahn- Anm. 10.

Digitized by Google

§ 472. verwaltungen (JW. 02, 302c[2]; anders Reindl in EisenbE. 18, 367; 19, 18). Für das vom Reisenden in den Schlafwagen mitgenommene Reisegepäck haftet die Eisenbahn nach § 465 Abs. 3 HGB.; § 34 Abs. 6 VerkO. Daneben besteht nicht auch eine Haftbarkeit der Schlafwagengesellschaft aus § 701 BGB. Denn die Verfügung des in einen Zug eingestellten Schlafwagens steht der Eisenbahn zu. Man kann daher nicht sagen, daß die Sachen in die Räume der Schlafwagengesellschaft eingebracht werden (ebenso Eger § 34 VerkO. Anm. 143; Ztg. d. Verk. D. EisenbVerw. 00, 692; Brückner im Recht 02, 305; Samter in DJZ. 03, 294; Dikringer-Hachenburg § 465 IV 1; vgl. auch OLG. Hamburg HansGZ. 05 Hptbl. 126; anders Fuld in DJZ. 00, 227). Dagegen ist die Schlafwagengesellschaft für ihre Angestellten nach § 278 BGB. haftbar; ebenso wie nach § 465 Abs. 3 die Eisenbahn ein Verschulden ihrer Leute zu vertreten hat (vgl. § 465 Anm. 8).

Anm. 11. d) **Die Haftung der Eisenbahn für ihre Hilfspersonen** ist in § 9 VerkO. für die Personenbeförderung ebenso wie für die Güterbeförderung dahin geregelt, daß die Eisenbahn für ihre Leute und für die anderen Personen, deren sie sich bei Ausführung der Beförderung bedient, haftet. In welchem Umfange die Eisenbahn für ihre Hilfspersonen einzustehen hat, geht aus dieser Vorschrift nicht hervor. Bei der Güterbeförderung ergibt sich aus § 456 HGB., § 75 VerkO., daß die Eisenbahn auch für nicht schuldhafte Handlungen dieser Personen haftet. Eine dem § 456 HGB., § 75 VerkO. entsprechende Bestimmung besteht aber für die Personenbeförderung nicht. Die außervertragsmäßige Haftung der Eisenbahn nach § 1 des Haftpflichtgesetzes (vgl. unten Anm. 19) kommt hier nicht in Betracht. Aus dem Personenbeförderungsvertrage haftet daher die Eisenbahn lediglich nach den ergänzenden Bestimmungen des BGB., also nach § 276 BGB., nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Ihrer eigenen Verantwortlichkeit entsprechend beschränkt sich daher auch die Haftung der Eisenbahn für ihre Hilfspersonen beim Personenbeförderungsvertrag auf deren schuldhaftes Handeln. Insoweit deckt sich demnach § 9 VerkO. mit § 278 BGB. Jedoch besteht der Unterschied, daß die Eisenbahn auch ein Verschulden ihrer Leute zu vertreten hat, wenn diese nicht gerade in Erfüllung der von der Bahn durch den Beförderungsvertrag übernommenen Verpflichtungen gehandelt haben (vgl. hierzu § 431 Anm. 3). So ist die Eisenbahn verantwortlich, wenn ein Bahnhofsportier einen betrunkenen Reisenden gewaltsam entfernt und hierbei einen anderen Reisenden fahrlässigerweise verletzt (JW. 04, 358[10]. Das RG. wendet den § 278 BGB. teils in Verbindung mit § 9 VerkO. und damit anscheinend als gleichbedeutend an (vgl. JW. 04, 358[10]; JW. 05, 426[4]), teils stützt es seine Entscheidung allein auf § 278 BGB. (vgl. RG. 55, 337; 61, 59). Da das RG. aber die Verpflichtungen der Eisenbahn aus dem Personenbeförderungsvertrage weit ausdehnt (so wurde z. B. in dem vorgenannten Falle angenommen, daß die Bahn auch den Reisenden gegenüber vertragsmäßig verpflichtet ist, betrunkene Personen vom Bahnsteige zu entfernen), so ist das Ergebnis im wesentlichen dasselbe. Auch die ältere Rechtsprechung stimmte mit diesen Grundsätzen überein (RG. 4, 192; JW. 87, 69[19]).

Anm. 12. e) **Zum Inhalt des Eisenbahnbeförderungsvertrages** gehört, daß die Eisenbahn innerhalb des Bahnhofes für einen gefahrlosen Zugang zum Zuge sorgt, z. B. die Bahnsteige bei eingetretener Frostglätte mit Sand bestreut (JW. 05, 426[4]; RG. 55, 337), ferner daß sie die Ausgangstreppen in geordnetem Stand erhält (JW. 87, 69[17]; 05, 185[36]; 78[14]), sowie dafür sorgt, daß der Reisende nicht durch die Art und Weise der Beförderung verletzt wird (vgl. JW. 05, 484[1]. Über diese ihre vertragsmäßigen Verbindlichkeiten hinaus ist aber die Eisenbahn nach allgemeinen Grundsätzen auch verpflichtet, die zum Bahnhof führenden, noch zum örtlichen Bereich der Bahnanlage gehörigen und in ihrem Eigentum stehenden Zufahrtsstraßen sowie andere im Interesse des Publikums erforderliche Bahnanlagen in verkehrssicherem Zustande zu erhalten (RG. 50, 398; 53, 57). Für Ordnungswidrigkeiten auf diesem Gebiete haftet sie nicht nur nach § 831 BGB., sondern auch nach § 823 BGB. Trotz sorgfältiger Auswahl bei der Anstellung ihrer Bediensteten (§ 831 BGB.) kann die Bahn hier nach § 823 BGB. verantwortlich gemacht werden, wenn sie, d. h. durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter, die erforderliche Kontrolle unterläßt (RG. 53, 57).

Digitized by Google

Andererseits muß aber auch von seiten des Reisenden nach § 254 BGB. verlangt werden, daß auch er mit der gebotenen Sorgfalt verfährt, also beim Halten des Zuges nicht ohne Prüfung der Örtlichkeit aussteigt, auf den Ausruf des Schaffners und den beleuchteten Bahnsteig achtet (JW. 05, 112[6]), auch Gefahren, die mangelhafte Bahneinrichtungen mit sich bringen, durch gehörige Aufmerksamkeit zu vermeiden sucht (JW. 05, 78[14]; vgl. 77[13]). Über Mitverschulden vgl. § 346 Anm. 12. § 472.

f) **Die Form des Vertrages und die Art seines Abschlusses überhaupt.** Der Vertrag wird gewöhnlich in wenigen abgerissenen Worten geschlossen. Der Reisende tritt z. B. an den Schalter und ruft hinein: ein Billett zweiter Klasse nach Berlin. Damit erklärt er: Ich verlange einen Fahrschein, der mich darüber ausweist, daß ich mit der Eisenbahnverwaltung auf Grund der Bestimmungen der Verkehrsordnung einen Vertrag geschlossen und meinerseits erfüllt habe, inhalts dessen ich zu dem Anspruche auf Beförderung nach Berlin mit dem nächsten Zuge berechtigt bin. Hört der Beamte dieses Verlangen und widerspricht ihm nicht, schickt er sich gar an, ihm zu entsprechen, so ist der Personenbeförderungsvertrag damit geschlossen. Anm. 13.

Daß das Verlangen der Fahrkarte einerseits und das Nichtwidersprechen andrerseits genügt, hat darin seinen Grund, daß (vgl. oben Anm. 9) gegen die Eisenbahnen ein Transportzwang auch hinsichtlich der Personenbeförderung besteht. Der Reisende weiß, daß die Eisenbahn mit ihm abschließen muß, er erklärt durch das Verlangen einer Karte, daß er von diesem Rechte Gebrauch macht, und indem der Eisenbahnbeamte nicht widerspricht, gibt er zu erkennen, daß der Fall normal liegt, d. h. daß auch nach seiner Ansicht von einem etwaigen ausnahmsweisen Zurückweisungsrechte im vorliegenden Falle keine Rede ist (vgl. hierüber Göppert 67). Anm. 14.

Die Aushändigung der Fahrkarte ist die Erteilung der Bescheinigung über den abgeschlossenen Vertrag, nicht der Rechtsakt des Vertragsabschlusses. Der Inhalt des Fahrscheins kann nicht entscheiden für den Inhalt des Vertrages, da dieser vor Aushändigung des Fahrscheins bereits abgeschlossen ist und zwar in Gemäßheit der Bestimmungen der Verkehrsordnung (zust. LG. Dresden SächsA. 5, 356; anders LG. I Berlin in KGBl. 94, 99; auch Leeb a. a. O. 35). Anm. 15.

g) **Der Fahrschein.** Dieser wird als Bescheinigung über den abgeschlossenen Personenbeförderungsvertrag gegeben. Da erfahrungsgemäß der Fahrschein nur gegen Barzahlung ausgehändigt wird, so versetzt der Besitz des Fahrscheins den Inhaber hinsichtlich des Beweises der Zahlung in eine gleichgünstige Lage, wie eine Quittung, obgleich der Fahrschein eine Quittung nicht ist, da er ein Empfangsbekenntnis nicht enthält. Der Fahrschein legitimiert den Reisenden zum Einsteigen und Fahren, er gewährt ihm einen Anspruch auf einen Platz in der entsprechenden Wagenklasse (§ 14 VerkO.) und von dem Besitze des Fahrscheins hängt sogar die Ausübung dieses Rechts ab. Kann er den Fahrschein nicht vorzeigen, so muß er eine neue Karte lösen oder die Fahrt aufgeben. Der anderweite Beweis der Zahlung wird nicht zugelassen (§ 21 VerkO.). Anm. 16.

Die Fahrkarte ist Inhaberpapier, und zwar unechtes Inhaberpapier im Sinne des § 807 BGB. (Cosack § 97 I 1b und überhaupt die herrschende Meinung: Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, 25; Altsmann bei Gruch. 30, 110; Goldschmidt System § 127 Nr. 6; Pappenheim, Begriff und Arten der Papiere auf den Inhaber, 82; Göppert a. a. O. 36ff.; Leeb a. a. O. 14; Lehmann-Ring § 472 Nr. 9; Düringer-Hachenburg § 472 Note IV; Makower § 472 III; Goldmann § 472 Anm. 5). Daß die Fahrkarte nicht mehr übertragen werden kann, nachdem die Reise begonnen hat, ist nichts, was dem entgegensteht. Die gleiche Erscheinung tritt auch bei den anderen unechten Inhaberpapieren nach § 807 BGB. hervor. So darf der Inhaber von Theaterbilletts, nachdem er den ersten Akt gesehen, das Billett nicht übertragen; der Inhaber von Eßmarken kann die Eßmarke nicht übertragen, nachdem er den ersten Gang genossen hat usw. Der Aussteller hat sich eben in solchen Fällen nur zu einer bestimmten Leistung verpflichtet, nämlich zur Beförderung einer Person, zur Hergabe einer Mahlzeit für eine Person; zur Gewährung von Eintritt in das Theater für Anm. 17.

Digitized by Google

§ 472. eine Person. Diese Leistung kann jeder Inhaber verlangen, aber eben immer nur eine Person. In einem Vertragsverhältnis zur Eisenbahn steht nur der, der mit der Fahrkarte die Reise antritt; einerlei, ob er oder ein anderer die Karte gelöst und bezahlt hat (JW. 05, 426[11]).

Anm. 18. h) **Wegen verspäteter Abfahrt oder Ankunft der Züge** wird nicht Ersatz geleistet. Ausnahme § 26 VerkO.

i) **Über Reisegepäck** s. § 465.

Anm. 19. k) **Über Tötung und Körperverletzung auf Eisenbahnen** s. das sogenannte Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. Materialschaden wird nach diesem Gesetze nicht ersetzt. Darüber gilt in Preußen für Eisenbahnen § 25 des Gesetzes vom 3. Nov. 1838.

Der Betriebsunternehmer haftet für die Unfälle aus dem Haftpflichtgesetz wie aus einer unerlaubten Handlung. Mehrere Schuldner haften daher samtverbindlich (§§ 840, 421 BGB.: RG. 53, 121; 61, 57). Die Ausgleichung des Schadens unter den mehreren Betriebsunternehmern erfolgt nach § 426 BGB. ohne Rücksicht darauf, daß der eine Unternehmer dem verletzten Fahrgast auch noch aus dem Beförderungsvertrag haftbar ist (RG. 61, 56).

Anm. 20. l) **Die Verjährung** der Schadensersatzansprüche aus dem Personenbeförderungsvertrage wegen bei Ausführung des Beförderungsvertrages erlittener körperlicher Verletzungen richtet sich nicht nach §§ 638, 646 BGB., da es sich hierbei nicht um einen Mangel der Transportleistung selbst d. h. der Beförderung von Ort zu Ort handelt. Diese Schadensersatzansprüche unterliegen vielmehr der dreißigjährigen Verjährung des § 195 BGB. (RG. 62, 121; 64, 43: JW. 07, 330[6]).

§ 473.

§ 473. Bei einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Bahnunternehmung, welche der Eisenbahnverkehrsordnung nicht unterliegt (Kleinbahn), sind insoweit, als in den §§ 453, 459, 460, 462 bis 466 auf die Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung verwiesen ist, an deren Stelle die Beförderungsbedingungen der Bahnunternehmung maßgebend.

Den Vorschriften des § 453 unterliegt eine solche Bahnunternehmung nur mit der Maßgabe, daß sie die Uebernahme von Gütern zur Beförderung auf ihrer Bahnstrecke nicht verweigern darf.

Lit.: Eger, Das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen. 2. Aufl. 1904.

Für Kleinbahnen gilt im allgemeinen auch das Eisenbahnfrachtrecht. Nur die Bezugnahmen auf die Verkehrsordnung gelten in gewissem Umfange nicht, sondern statt deren die Beförderungsbedingungen der Bahnunternehmung.

Der § 453 (Pflicht zur Beförderung nach allen Stationen innerhalb des Deutschen Reichs paßt für die Kleinbahnen überhaupt nicht. Die Vorschrift des § 453 ist daher nur mit der Maßgabe anwendbar, daß die Kleinbahn die Annahme von Gütern zur Beförderung auf ihrer Bahnstrecke nicht verweigern darf. Früher galt dies für alle Eisenbahnen nach Art. 422.

Digitized by Google

Anhang.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

Artikel 1.

Das Handelsgesetzbuch tritt gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft.

Der sechste Abschnitt des ersten Buches des Handelsgesetzbuchs tritt mit Ausnahme des § 65 am 1. Januar 1898 in Kraft.

Der siebente Abschnitt des dritten Buches des Handelsgesetzbuchs kann durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesraths vor dem im Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden.

Artikel 2.

In Handelssachen kommen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit zur Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch oder in diesem Gesetz ein Anderes bestimmt ist.

Im Uebrigen werden die Vorschriften der Reichsgesetze durch das Handelsgesetzbuch nicht berührt.

Artikel 3.

Soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs verwiesen ist, treten die entsprechenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs an deren Stelle.

Artikel 4.

Die nach dem bürgerlichen Rechte mit einer Eintragung in das Güterrechtsregister verbundenen Wirkungen treten, sofern ein Ehegatte Kaufmann ist und seine Handelsniederlassung sich nicht in dem Bezirke des für den Wohnsitz des Ehemanns zuständigen Registergerichts befindet, in Ansehung der auf den Betrieb des Handelsgewerbes sich beziehenden Rechtsverhältnisse nur ein, wenn die Eintragung auch in das Güterrechtsregister des für den Ort der Handelsniederlassung zuständigen Gerichts erfolgt ist. Bei mehreren Niederlassungen genügt die Eintragung in das Register des Ortes der Hauptniederlassung.

Wird die Niederlassung verlegt, so finden die Vorschriften des § 1559 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Artikel 5.

Auf Bergwerksgesellschaften, die nach den Vorschriften der Landesgesetze nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen, findet der § 2 des Handelsgesetzbuchs keine Anwendung.

Artikel 6.

Die Vorschriften der §§ 474, 475 des Handelsgesetzbuchs finden auch im Falle der Veräußerung eines Seeschiffs, das nicht zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmt ist, sowie im Falle der Veräußerung eines Antheils an einem solchen Schiffe Anwendung.

Artikel 7.

Die Vorschriften des § 485 und des § 486 Abs. 1 Nr. 3 des Handelsgesetzbuchs über die Haftung des Rheders für das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung sowie die Vorschriften der §§ 734 bis 739 des Handelsgesetzbuchs über die Haftung im Falle des Zusammenstoßes von Schiffen finden auch Anwendung, wenn die Verwendung eines Schiffes zur Seefahrt nicht des Erwerbes wegen erfolgt.

Digitized by Google

Artikel 8.

Aufgehoben werden:

1. das Gesetz, betreffend die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Prokuren im Handelsregister, vom 30. März 1888 (Reichs-Gesetzbl. S. 129);
2. der Artikel 80 der Wechselordnung;
3. der § 68 der Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 (Reichs-Gesetzbl. S. 409);
4. der § 86 Abs. 2 des Gesetzes, betreffend die Unfallversicherung der Seeleute und anderer bei der Seeschiffahrt betheiligter Personen, vom 13. Juli 1887 (Reichs-Gesetzbl. S. 329).

Artikel 9.

Die Gewerbeordnung wird dahin geändert:

I. Als § 15a werden folgende Vorschriften eingestellt:

Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirthschaft betreiben, sind verpflichtet, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirthschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen.

Kaufleute, die eine Handelsfirma führen, haben zugleich die Firma in der bezeichneten Weise an dem Laden oder der Wirthschaft anzubringen; ist aus der Firma der Familienname des Geschäftsinhabers mit dem ausgeschriebenen Vornamen zu ersehen, so genügt die Anbringung der Firma.

Auf offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien finden diese Vorschriften mit der Maßgabe Anwendung, daß für die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter gilt, was in Betreff der Namen der Gewerbetreibenden bestimmt ist.

Sind mehr als zwei Betheiligte vorhanden, deren Namen hiernach in der Aufschrift anzugeben wären, so genügt es, wenn die Namen von zweien mit einem das Vorhandensein weiterer Betheiligter andeutenden Zusatz aufgenommen werden. Die Polizeibehörde kann im einzelnen Falle die Angabe der Namen aller Betheiligter anordnen.

II. Als § 133f wird folgende Vorschrift eingestellt:

Eine Vereinbarung zwischen dem Gewerbeunternehmer und einem der im § 133a bezeichneten Angestellten, durch die der Angestellte für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Angestellten nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung seines Fortkommens ausgeschlossen wird.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Angestellte zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

III. Der § 148 erhält folgenden Zusatz:

14. wer den Vorschriften des § 15a zuwiderhandelt.

Artikel 10.

Das Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889 (Reichs-Gesetzbl. S. 55) wird dahin geändert:

I. An die Stelle des § 13 tritt folgende Vorschrift:

Vor der Eintragung in das Genossenschaftsregister ihres Sitzes hat die Genossenschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht.

II. Der § 16 Abs. 4 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Der Beschluß hat keine rechtliche Wirkung, bevor er in das Genossenschaftsregister des Sitzes der Genossenschaft eingetragen ist.

III. Der § 23 Abs. 4 fällt weg.

Digitized by Google

IV. An die Stelle der §§ 28, 29 treten folgende Vorschriften:

§ 28.

Jede Aenderung des Vorstandes sowie die Beendigung der Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes ist durch den Vorstand zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden. Eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung oder über die Beendigung der Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes ist der Anmeldung beizufügen und wird bei dem Gericht aufbewahrt.

Die Vorstandsmitglieder haben ihre Unterschrift vor dem Gerichte zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

§ 29.

Eine Aenderung des Vorstandes, eine Beendigung der Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes sowie eine Aenderung des Statuts rücksichtlich der Form für Willenserklärungen des Vorstandes kann, solange sie nicht in das Genossenschaftsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist, von der Genossenschaft einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß dieser von der Aenderung oder Beendigung Kenntniß hatte.

Nach der Eintragung und Bekanntmachung muß der Dritte die Aenderung oder Beendigung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.

Für den Geschäftsverkehr mit einer in das Genossenschaftsregister eingetragenen Zweigniederlassung ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend.

V. Der § 49 Abs. 1 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Ein Beschluß der Generalversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder des Statuts im Wege der Klage angefochten werden. Die Klage muß binnen einem Monat erhoben werden.

Zur Anfechtung befugt ist jeder in der Generalversammlung erschienene Genosse, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat, und jeder nicht erschienene Genosse, sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist oder sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei. Außerdem ist der Vorstand und, wenn der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths strafbar oder den Gläubigern der Genossenschaft haftbar machen würden, jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Anfechtung befugt.

VI. Im § 49 Abs. 4 wird das Wort „ungültig" ersetzt durch das Wort „nichtig".

VII. Im § 80 Abs. 2 Satz 1 werden die Worte „vom Vorstande" ersetzt durch die Worte: „von den Liquidatoren".

VIII. Der § 82 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Die ersten Liquidatoren sind durch den Vorstand, jede Aenderung in den Personen der Liquidatoren, sowie eine Beendigung ihrer Vertretungsbefugniß ist durch die Liquidatoren zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden. Eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung der Liquidatoren oder über die Aenderung in den Personen derselben ist der Anmeldung beizufügen und wird bei dem Gericht aufbewahrt.

Die Eintragung der gerichtlichen Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift persönlich vor dem Gerichte zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

Digitized by Google

IX. Der § 87 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Die Liquidatoren haben die aus den §§ 26, 27, § 31 Absatz 1, § 32, §§ 42 bis 45, § 46 Absatz 2, § 49 sich ergebenden Rechte und Pflichten des Vorstandes und unterliegen gleich diesem der Ueberwachung des Aufsichtsraths. Sie haben sofort bei Beginn der Liquidation und demnächst in jedem Jahre eine Bilanz aufzustellen. Die erste Bilanz ist zu veröffentlichen; die Bekanntmachung ist zu dem Genossenschaftsregister einzureichen.

X. Der § 88 Abs. 2 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen. Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Vertheilung des Vermögens nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.

XI. Der sechste Abschnitt erhält folgende Ueberschrift:

„Auflösung und Nichtigkeit der Genossenschaft."

Am Schlusse dieses Abschnitts werden folgende Vorschriften eingestellt:

§ 90a.

Enthält das Statut nicht die für dasselbe wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Genosse und jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths im Wege der Klage beantragen, daß die Genossenschaft für nichtig erklärt werde.

§ 90b.

Als wesentlich im Sinne des § 90a gelten die in den §§ 6, 7 und 125 bezeichneten Bestimmungen des Statuts mit Ausnahme derjenigen über die Beurkundung der Beschlüsse der Generalversammlung und den Vorsitz in dieser sowie über die Grundsätze für die Aufstellung und Prüfung der Bilanz.

Ein Mangel, der eine hiernach wesentliche Bestimmung des Statuts betrifft, kann durch einen den Vorschriften dieses Gesetzes über Aenderungen des Statuts entsprechenden Beschluß der Generalversammlung geheilt werden.

Die Berufung der Generalversammlung erfolgt, wenn sich der Mangel auf die Bestimmungen über die Form der Berufung bezieht, durch Einrückung in diejenigen öffentlichen Blätter, welche für die Bekanntmachung der Eintragungen in das Genossenschaftsregister des Sitzes der Genossenschaft bestimmt sind.

Betrifft bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht der Mangel die Bestimmungen über die Haftsumme, so darf durch die zur Heilung des Mangels beschlossenen Bestimmungen der Gesammtbetrag der von den einzelnen Genossen übernommenen Haftung nicht vermindert werden.

§ 90c.

Das Verfahren über die Klage auf Nichtigkeitserklärung und die Wirkungen des Urtheils bestimmen sich nach den Vorschriften des § 49 Absatz 3 bis 5 und des § 5[illegible].

§ 90d.

Ist die Nichtigkeit einer Genossenschaft in das Genossenschaftsregister eingetragen, so finden zum Zwecke der Abwickelung ihrer Verhältnisse die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Wirksamkeit der im Namen der Genossenschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird durch die Nichtigkeit nicht berührt.

Soweit die Genossen eine Haftung für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft übernommen haben, sind sie verpflichtet, die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Beträge nach Maßgabe der Vorschriften des folgenden Abschnitts zu leisten.

Digitized by Google

XII. Im § 116 Abs. 2 werden die Schlußworte „ohne daß den letzteren die Einrede der Theilung zusteht" gestrichen.

XIII. Der § 117 Abs. 3 wird gestrichen.

XIV. Der § 127 Abs. 1 erhält folgenden Zusatz:

Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

XV. Der § 148 Abs. 3 fällt weg.

XVI. Der § 152 Abs. 1 erhält folgende Fassung:

Die Mitglieder des Vorstandes sind von dem Gerichte (§ 10) zur Befolgung der im § 8 Absatz 2, § 14, §§ 28, 30, § 59 Absatz 2, § 61, § 76 Absatz 2, § 77 Absatz 2 enthaltenen Vorschriften durch Ordnungsstrafen anzuhalten; die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen. In gleicher Weise sind die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren zur Befolgung der im § 31 Absatz 2, § 45, § 46 Absatz 2, § 49 Absatz 4 und 5, § 82, § 83 Absatz 2, § 87 Absatz 1, § 148 Absatz 2 enthaltenen Vorschriften anzuhalten.

Artikel 11.

Das Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 (Reichs-Gesetzbl. S. 477) wird dahin geändert:

I. Der § 7 Abs. 1 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Die Gesellschaft ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

II. Der § 8 Abs. 3 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Die Geschäftsführer haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

III. Der § 9 Abs. 3 erhält folgende Fassung:

Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

IV. Der § 10 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Bei der Eintragung in das Handelsregister sind die Firma und der Sitz der Gesellschaft, der Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Stammkapitals, der Tag des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages und die Personen der Geschäftsführer anzugeben.

Enthält der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Zeitdauer der Gesellschaft oder über die Befugniß der Geschäftsführer oder der Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung die nach § 5 Absatz 4 getroffenen Festsetzungen und, sofern der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Form enthält, in welcher öffentliche Bekanntmachungen der Gesellschaft erlassen werden, auch diese Bestimmungen aufzunehmen.

V. An die Stelle des § 11 Abs. 1 tritt folgende Vorschrift:

Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche nicht.

VI. Der § 12 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Auf die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister eines Gerichts, in dessen Bezirke sie eine Zweigniederlassung besitzt, finden die Bestimmungen im § 8 Absatz 1 und 2 keine Anwendung. Der Anmeldung ist eine von dem Gerichte der Hauptniederlassung beglaubigte Abschrift des Gesellschaftsvertrages und der Liste der Gesellschafter beizufügen.

Digitized by Google

Die Eintragung hat die im § 10 Absatz 1 und 2 bezeichneten Angaben zu enthalten. In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind auch die im § 10 Absatz 3 bezeichneten Bestimmungen aufzunehmen, die nach § 5 Absatz 4 getroffenen Festsetzungen jedoch nur dann, wenn die Eintragung innerhalb der ersten zwei Jahre nach der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft erfolgt.

VII. Der § 15 Abs. 3 Satz 2 fällt weg.

VIII. Der § 20 Abs. 2 fällt weg.

IX. Im § 23 und im § 27 Abs. 2 werden die Worte: „durch einen Makler oder zur Vornahme von Versteigerungen befugten Beamten öffentlich verkaufen" ersetzt durch die Worte:

„im Wege öffentlicher Versteigerung verkaufen".

X. An die Stelle des § 39 treten folgende Vorschriften:

Jede Aenderung in den Personen der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbefugniß eines Geschäftsführes ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung ist eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung der Geschäftsführer oder über die Beendigung der Vertretungsbefugniß beizufügen. Diese Bestimmung findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Geschäftsführer haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

XI. Der § 40 fällt weg.

XII. Im § 53 werden die Worte: „nach den Artikeln 224 bis 226 Absatz 1 des Handelsgesetzbuchs" ersetzt durch die Worte:

„nach § 243 Absatz 1, 2, 4, §§ 244 bis 248 und § 249 Absatz 1, 2 des Handelsgesetzbuchs".

XIII. An die Stelle des § 55 treten folgende Vorschriften:

Die Abänderung des Gesellschaftsvertrages ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Bei der Eintragung genügt, sofern nicht die Abänderung die im § 10 Absatz 1 und 2 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gerichte eingereichten Urkunden über die Abänderung. Die öffentliche Bekanntmachung findet in Betreff aller Bestimmungen statt, auf welche sich die im § 10 Absatz 3 und im § 12 vorgeschriebenen Veröffentlichungen beziehen.

Die Abänderung hat keine rechtliche Wirkung, bevor sie in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen ist.

XIV. Als § 59a wird folgende Vorschrift eingestellt:

Auf die Anmeldungen zu dem Handelsregister eines Gerichts, in dessen Bezirke die Gesellschaft eine Zweigniederlassung besitzt, finden die Bestimmungen im § 58 Absatz 2, Absatz 3 Nr. 1 und im § 59 Absatz 1 Nr. 4 keine Anwendung.

XV. Der fünfte Abschnitt erhält die Überschrift:

„Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft".

XVI. An die Stelle des § 60 Abs. 1 Nr. 4 tritt folgende Vorschrift:

4. durch die Eröffnung des Konkursverfahrens; wird das Verfahren nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

XVII. Der § 64 Abs. 3 fällt weg.

Digitized by Google

XVIII. An die Stelle des § 65 treten folgende Vorschriften:

Die Auflösung der Gesellschaft ist außer dem Falle des Konkursverfahrens zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Gleiche gilt von einer Fortsetzung der Gesellschaft in den im § 60 Absatz 1 Nr. 4 bezeichneten Fällen.

Die Auflösung ist von den Liquidatoren zu drei verschiedenen Malen durch die im § 30 Absatz 2 bezeichneten öffentlichen Blätter bekannt zu machen. Durch die Bekanntmachung sind zugleich die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, sich bei derselben zu melden.

XIX. Der § 67 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Die ersten Liquidatoren sind durch die Geschäftsführer, jede Aenderung in den Personen der Liquidatoren sowie eine Beendigung ihrer Vertretungsbefugniß ist durch die Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung ist eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung der Liquidatoren oder über die Aenderung in den Personen derselben beizufügen. Diese Vorschrift findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Eintragung der gerichtlichen Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

XX. Der § 69 fällt weg.

XXI. An die Stelle des § 74 Abs. 2 treten folgende Vorschriften:

Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen. Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Vertheilung des Vermögens nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.

XXII. Hinter den § 75 werden im fünften Abschnitte folgende Vorschriften eingestellt:

§ 75a.

Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 3 Absatz 1 wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter, jeder Geschäftsführer und, wenn ein Aufsichtsrath bestellt ist, jedes Mitglied des Aufsichtsraths im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde.

Die Vorschriften der §§ 272, 273 des Handelsgesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

§ 75b.

Ein Mangel, der die Bestimmungen über die Firma oder den Sitz der Gesellschaft oder den Gegenstand des Unternehmens betrifft, kann durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter geheilt werden.

§ 75c.

Ist die Nichtigkeit einer Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen, so finden zum Zwecke der Abwickelung ihrer Verhältnisse die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird durch die Nichtigkeit nicht berührt.

Die Gesellschafter haben die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.

XXIII. An die Stelle der §§ 76, 77 treten folgende Vorschriften:

§ 76.

Die in diesem Gesetze vorgesehenen Anmeldungen zum Handelsregister sind durch die Geschäftsführer oder die Liquidatoren, die im § 7 Absatz 1, § 12 Absatz 1, § 58

Digitized by Google

Absatz 1, § 59 Absatz 1 Nr. 3, § 78 Absatz 5 vorgesehenen Anmeldungen sind durch sämmtliche Geschäftsführer zu bewirken.

§ 77.

In Ansehung der in §§ 7, 55, § 58 Absatz 1, § 59 Absatz 1 Nr. 3, § 78 Absatz 5 bezeichneten Anmeldungen zum Handelsregister findet, soweit es sich um die Anmeldung zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft handelt, eine Verhängung von Ordnungsstrafen nach § 14 des Handelsgesetzbuchs nicht statt.

XXIV. Im § 80 Abs. 1 Nr. 1 werden die Worte „Eintragung des Gesellschaftsvertrags" durch die Worte „Eintragung der Gesellschaft" ersetzt.

Artikel 12.

Das Gesetz, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt, vom 15. Juni 1895 (Reichs-Gesetzbl. S. 301) wird dahin geändert:

I. An die Stelle des § 26 tritt folgende Vorschrift:

Auf das Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern finden die Vorschriften der §§ 425 bis 427, 430 bis 436, 439 bis 443, 445 bis 451 des Handelsgesetzbuchs Anwendung.

II. Im § 36 Abs. 4 werden die Worte „gerichtlich oder in anderer sicherer Weise niederzulegen" ersetzt durch die Worte „in einem öffentlichen Lagerhaus oder in anderer sicherer Weise zu hinterlegen". Im § 52 Abs. 1, 3, im § 54 Abs. 2, 3, im § 77 Abs. 2 und im § 91 Abs. 3 werden die Worte „niederzulegen, Niederlegung, Niederlegungsverfahren, niedergelegt" ersetzt durch die Worte „zu hinterlegen, Hinterlegung, Hinterlegungsverfahren, hinterlegt".

III. Im § 52 werden die Abs. 2, 3 durch folgende Vorschriften ersetzt:

Ist der Empfänger des Gutes nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme oder ergiebt sich ein sonstiges Ablieferungshinderniß, so hat der Frachtführer den Absender unverzüglich hiervon in Kenntniß zu setzen und dessen Anweisung einzuholen. Ist dies den Umständen nach nicht thunlich oder ist der Absender mit der Ertheilung der Anweisung säumig oder die Anweisung nicht ausführbar, so kann der Frachtführer nach der Bestimmung im Absatz 1 verfahren, auch wenn die Wartezeit noch nicht abgelaufen ist. Er kann, falls das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, das Gut auch gemäß § 373 Absatz 2 bis 4 des Handelsgesetzbuchs verkaufen lassen.

Von der Hinterlegung und dem Verkaufe des Gutes hat der Frachtführer den Absender und den Empfänger unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Ist der Empfänger nicht zu ermitteln, so hat die Benachrichtigung von der Hinterlegung durch öffentliche Bekanntmachung in ortsüblicher Weise zu erfolgen; im Uebrigen dürfen die Benachrichtigungen unterbleiben, soweit sie unthunlich sind.

IV. Der § 55 erhält folgende Fassung:

In den Fällen der §§ 53 und 54 hat der Frachtführer an einem der ortsüblichen Löschplätze anzulegen. Ist durch Vereinbarung dem Empfänger das Recht zur Anweisung des Löschplatzes eingeräumt, so finden die Bestimmungen im § 46 Absatz 2 und 3 Anwendung.

V. Der § 56 Abs. 2 fällt weg. Der Abs. 3 erhält folgende Fassung:

Die Bestimmungen des § 42 Absatz 1 finden entsprechende Anwendung.

VI. Im § 58 fällt der Abs. 3 weg; der Abs. 4 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Für den Verlust oder die Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren haftet der Frachtführer nur, wenn ihm die Beschaffenheit oder der Werth des Gutes bei der Uebergabe zur Beförderung angegeben worden ist.

Digitized by Google

VII. Der § 61 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Nach der Annahme des Gutes durch den Empfangsberechtigten können wegen einer Beschädigung oder Minderung des Gutes, die bei der Annahme äußerlich erkennbar ist, Ansprüche nur geltend gemacht werden, wenn vor der Annahme der Zustand des Gutes durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist.

Wegen einer Beschädigung oder Minderung des Gutes, die bei der Annahme äußerlich nicht erkennbar ist, kann der Frachtführer auch nach der Annahme des Gutes in Anspruch genommen werden, wenn der Mangel in der Zeit zwischen der Uebernahme des Gutes durch den Frachtführer und der Ablieferung entstanden ist und die Feststellung des Mangels durch amtlich bestellte Sachverständige unverzüglich nach der Entdeckung und spätestens binnen einer Woche nach der Annahme beantragt wird. Ist dem Frachtführer der Mangel unverzüglich nach der Entdeckung und binnen der bezeichneten Frist angezeigt, so genügt es, wenn die Feststellung unverzüglich nach dem Zeitpunkte beantragt wird, bis zu welchem der Eingang einer Antwort des Frachtführers unter regelmäßigen Umständen erwartet werden darf.

Die Kosten einer von dem Empfangsberechtigten beantragten Feststellung sind von dem Frachtführer zu tragen, wenn ein Verlust oder eine Beschädigung ermittelt wird, für welche derselbe Ersatz leisten muß.

Der Frachtführer kann sich auf die Vorschriften der Absätze 1, 2 nicht berufen, wenn er den Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.

VIII. Als § 61a werden folgende Vorschriften eingestellt:

Der Frachtführer haftet für den durch verspätete Ablieferung des Gutes entstandenen Schaden, es sei denn, daß die Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten.

Ist die Fracht nebst den sonst auf dem Gute haftenden Forderungen bezahlt und das Gut angenommen, so kann der Anspruch nicht geltend gemacht werden, es sei denn, daß der Frachtführer die Verspätung durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.

Die Vorschrift im Absatz 2 findet auch auf andere Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrag Anwendung, soweit die Ansprüche nicht den Vorschriften des § 61 unterliegen.

IX. Der § 70 Abs. 1 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert, so braucht der Absender die Aufhebung des Hindernisses nicht abzuwarten, er kann vielmehr vom Vertrage zurücktreten.

X. Der § 72 fällt weg.

XI. Der § 87 Abs. 4 wird gestrichen.

XII. Im § 89 Abs. 2 Satz 1, im § 97 Abs. 1 Satz 1 und im § 103 Abs. 1 werden die Worte: „mit den im § 41 der Konkursordnung bezeichneten Wirkungen" gestrichen.

XIII. Im § 89 Abs. 3 wird der letzte Satz durch folgende Vorschrift ersetzt:

Die Geltendmachung des Pfandrechts durch den Frachtführer erfolgt nach Maßgabe der Vorschriften, die für das Pfandrecht des Frachtführers wegen der Fracht und der Auslagen gelten.

XIV. Der § 91 Abs. 2 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Gegen Hinterlegung des beanspruchten Beitrags bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle hat die Auslieferung der Güter zu erfolgen.

XV. Im § 102 wird die Nr. 6 durch folgende Vorschrift ersetzt:

6. die Forderungen, welche der Berufsgenossenschaft nach den Vorschriften über die Unfallversicherung, der Versicherungsanstalt nach den Vorschriften über die Invaliden-

Digitized by Google

versicherung und den Gemeinden und Krankenkassen nach den Vorschriften über die Krankenversicherung gegen den Schiffseigner zustehen.

XVI. Der § 110 fällt weg.

XVII. An die Stelle des § 111 tritt folgende Vorschrift:

Wird außer dem Falle der Zwangsversteigerung das Schiff veräußert, so ist der Erwerber berechtigt, die Ausschließung der unbekannten Schiffsgläubiger mit ihren Pfandrechten im Wege des Aufgebotsverfahrens zu beantragen.

XVIII. Der § 112 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Die Vorschrift des § 111 findet keine Anwendung, wenn nur der Antheil eines Miteigenthümers des Schiffes den Gegenstand der Veräußerung bildet.

XIX. An die Stelle des § 114 tritt folgende Vorschrift:

Insoweit bei der Zwangsversteigerung oder bei einer sonstigen Veräußerung des Schiffes der Schiffseigner das Kaufgeld eingezogen hat, haftet er den Schiffsgläubigern, deren Pfandrechte in Folge der Zwangsversteigerung oder in Folge eines nach § 111 eingeleiteten Aufgebotsverfahrens erloschen sind, persönlich in gleicher Weise, wie im Falle der Einziehung der Fracht.

XX. Im § 118 wird die Nr. 8 gestrichen.

XXI. Der zehnte Abschnitt (§§ 131 bis 137) fällt weg.

XXII. Der § 138 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch Klage oder Widerklage ein Anspruch auf Grund dieses Gesetzes geltend gemacht ist, wird die Verhandlung und Entscheidung letzter Instanz im Sinne des § 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen.

Artikel 13.

Der Reichskanzler wird ermächtigt, die Texte des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, und des Gesetzes, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt, wie sie sich aus den in den Artikeln 10 bis 12 vorgesehenen Aenderungen ergeben, unter fortlaufender Nummernfolge der Paragraphen und Abschnitte durch das Reichs-Gesetzblatt bekannt zu machen.

Hierbei sind die in den bezeichneten Gesetzen enthaltenen Verweisungen auf Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs durch Verweisungen auf die nach Artikel 3 des gegenwärtigen Gesetzes an die Stelle jener Vorschriften tretenden Vorschriften zu ersetzen. Den Verweisungen auf Vorschriften der Civilprozeßordnung und der Konkursordnung sind diese Gesetze in der Fassung zu Grunde zu legen, welche sie durch das im Artikel 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vorgesehene Gesetz erhalten.

Soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften der im Abs. 1 bezeichneten Gesetze verwiesen ist, treten die entsprechenden Vorschriften der durch den Reichskanzler bekannt gemachten Texte an ihre Stelle.

Artikel 14.

Das Börsengesetz vom 22. Juni 1896 (Reichs-Gesetzbl. S. 157) wird dahin geändert:

I. Die §§ 33, 34 werden durch folgende Vorschriften ersetzt:

§ 33.

Das von dem Kursmakler zu führende Tagebuch ist vor dem Gebrauche dem Börsenvorstande zur Beglaubigung der Zahl der Blätter oder Seiten vorzulegen.

Wenn ein Kursmakler stirbt oder aus dem Amte scheidet, ist sein Tagebuch bei dem Börsenvorstande niederzulegen.

§ 34.

Die Kursmakler sind zur Vornahme von Verkäufen und Käufen befugt, die durch einen dazu öffentlich ermächtigten Handelsmakler zu bewirken sind.

Digitized by Google

II. Der § 45 Satz 2 fällt weg.

III. Der § 58 Abs. 2 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Ehefrauen, die nicht Handelsfrauen sind, bedürfen der Genehmigung des Ehemannes.

IV. Der § 63 Abs. 1 Satz 2 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Für Ehefrauen, die nicht Handelsfrauen sind, genügt der Antrag des Ehemannes.

V. Der § 69 erhält folgenden Abs. 2:

„Diese Vorschrift wird durch die Vorschrift des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berührt."

VI. Die §§ 70 bis 74 fallen weg.

Artikel 15.

Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze bleiben insoweit unberührt, als es in diesem Gesetze bestimmt oder als im Handelsgesetzbuch auf die Landesgesetze verwiesen ist.

Soweit die Landesgesetze unberührt bleiben, können auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden.

Artikel 16.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Lagerscheine und Lagerpfandscheine, die Vorschriften über Lagerscheine jedoch nur insoweit, als sie den § 363 Abs. 2 und die §§ 364, 365, 424 des Handelsgesetzbuchs ergänzen.

Artikel 17.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Checks.

Artikel 18.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über den Vertrag zwischen dem Brauer und dem Wirthe über die Lieferung von Bier, soweit sie das aus dem Vertrage sich ergebende Schuldverhältniß für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden.

Artikel 19.

Unberührt bleiben:

1. für das Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin die §§ 51 bis 53, 55 der Verordnung vom 28. Dezember 1863, betreffend die Publikation des Handelsgesetzbuchs, sowie die zur Abänderung dieser Verordnung ergangene Verordnung vom 22. Oktober 1869;
2. für die freie Hansestadt Bremen die Verordnung vom 12. Februar 1866, betreffend die Löschung der Seeschiffe, nebst den dazu später ergangenen Gesetzen;
3. für die freie und Hansestadt Hamburg der § 50 des Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 22. Dezember 1865.

Artikel 20.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen ein Pfandrecht an einem im Bau begriffenen Schiffe ohne Uebergabe des Schiffes durch Eintragung in ein besonderes Register bestellt werden kann, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsversteigerung eines solchen Schiffes.

Artikel 21.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften zur Ausführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung, soweit sie durch das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 (Bundes-Gesetzbl. S. 379) aufrecht erhalten sind. Dies gilt jedoch nicht für die Vorschriften über kaufmännische Anweisungen.

Artikel 22.

Die zur Zeit des Inkrafttretens des Handelsgesetzbuchs im Handelsregister eingetragenen Firmen können weitergeführt werden, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durften.

Digitized by Google

Die Vorschriften des § 20 des Handelsgesetzbuchs über die in die Firma der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien aufzunehmenden Bezeichnungen finden jedoch auf die bei dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs für eine solche Gesellschaft in das Handelsregister eingetragene Firma Anwendung, wenn die Firma aus Personennamen zusammengesetzt ist und nicht erkennen läßt, daß eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien die Inhaberin ist.

Artikel 23.

Auf die Errichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, die vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet ist, finden die bisherigen Vorschriften Anwendung, sofern vor diesem Zeitpunkte die Voraussetzungen erfüllt sind, an deren Nachweis die bisherigen Vorschriften die Eintragung knüpfen.

Artikel 24.

Sind die Aktien einer bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gemäß den vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 18. Juli 1884 (Reichs-Gesetzbl. S. 123) in Geltung gewesenen Vorschriften auf einem geringeren Betrag als eintausend Mark gestellt, so bleiben im Falle einer Zusammenlegung oder sonstigen Umwandlung dieser Aktien die Vorschriften des § 180 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs außer Anwendung. Der Nennbetrag der Aktien darf jedoch nicht herabgesetzt werden.

Wird das Grundkapital einer bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien durch Ausgabe neuer Aktien erhöht, so finden die Vorschriften des § 180 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs auf die neuen Aktien Anwendung, auch wenn die Ausgabe mittelst Umwandlung von Aktien der im Abs. 1 bezeichneten Art geschieht.

Diese Vorschriften gelten auch für Interimsscheine.

Artikel 25.

Die Vorschriften des § 228 des Handelsgesetzbuchs über die Kraftloserklärung abhanden gekommener oder vernichteter Aktien finden auch in dem Falle Anwendung, daß eine Aktie vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs abhanden gekommen oder vernichtet worden ist.

Artikel 26.

Die vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs erfolgte Außerkurssetzung einer auf den Inhaber lautenden Aktie verliert mit dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs ihre Wirkung.

Artikel 27.

Auf Personen, die bei dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft sind, finden für die Dauer der Bestellung die Vorschriften des § 236 des Handelsgesetzbuchs über den Betrieb eines Handelsgewerbes und über die Betheiligung an einer anderen Gesellschaft nur in der Beschränkung auf den Handelszweig der Aktiengesellschaft Anwendung.

Artikel 28.

Die Vorschrift des § 283 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs über die Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien findet auf eine vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs ertheilte Zusicherung keine Anwendung.

Gegeben Urville den 10. Mai 1897.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst zu Hohenlohe.

Digitized by Google

Gesetzesregister.

Übersicht über die in nachfolgendem Register berücksichtigten Gesetze, Verordnungen, Erlasse usw.

I. Reichsgesetze (einschließlich Verordnungen usw.).

Nr.		Seite
1.	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch (neu)	1955
2.	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch	1955
3.	Bürgerliches Gesetzbuch	1955
4.	Handelsgesetzbuch (alte Fassung)	1963
5.	Einführungsgesetz zum Gesetze betr. Änderungen der Konkursordnung v. 17. Mai 1898	1963
6.	Konkursordnung	1963
7.	Reichsgesetz betr. private Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901	1964
8.	Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs	1964
9.	Warenzeichengesetz von 1894	1964
10.	Wuchergesetz v. 24. Mai 1880/19. Juli 1893	1964
11.	Patentgesetz	1964
12.	Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894	1964
13.	Grundbuchordnung	1964
14.	Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H.	1965
15.	Reichsstrafgesetzbuch	1965
16.	Wechselordnung	1965
17.	Börsengesetz v. 22. Juni 1896	1965
18.	Bankgesetz v. 14. März 1875	1965
19.	Hypothekenbankgesetz v. 13. Juli 1899	1965
20.	Bankdepotgesetz v. 5. Juli 1896	1965
21.	Gesetz v. 19. Juni 1901 betr. Verlagsrecht	1965
22.	Totalisatorgesetz v. 5. Juli 1905	1965
23.	Reichsgesetz betr. Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit	1965
24.	Gerichtsverfassungsgesetz	1966
25.	Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung	1966
26.	Zivilprozeßordnung	1966
27.	Reichsgewerbeordnung	1967
28.	Gewerbegerichtsgesetz	1967
29.	Gesetz betr. Kaufmannsgerichte	1967
30.	Lohnbeschlagnahmegesetz v. 21. Juni 1869	1967
31.	Konsulargerichtsbarkeitsgesetz v. 7. April 1900	1967
32.	Eisenbahnverkehrsordnung v. 26. Okt. 1899	1967
33.	Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871	1968
34.	Postgesetz v. 28. Okt. 1871/20. Dez. 1899	1968
35.	Postordnung v. 20. März 1900/8. April 1901	1968
36.	Reichsgesetz v. 25. Dez. 1899 betr. Privatpostanstalten	1968
37.	Binnenschiffahrtsgesetz v. 15. Juni 1895/30. Mai 1898	1968

Digitized by Google

Nr.		Seite
38.	Flößereigesetz v. 15. Juni 1895	1968
39.	Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869	1968
40.	Münzgesetz v. 9. Juli 1873	1968
41.	Gesetz v. 30. April 1874 (Papiergeld)	1968
42.	Strafprozeßordnung	1968
43.	Preßgesetz	1968
44.	Genossenschaftsgesetz	1968
45.	Krankenversicherungsgesetz	1968
46.	Reichsgesetz v. 9. April 1900 betr. Bestrafung der Entziehung elektr. Arbeit	1968
47.	Reichsmilitärgesetz	1968
48.	Reichsbeamtengesetz	1968
49.	Reichsstempelgesetz v. 27. April 1894/14. Juni 1900	1968
50.	Reichsstempelgesetz v. 3. Juni 1906	1968

II. Gesetze (einschließlich Verordnungen) einzelner Bundesstaaten.

a) Preußen.

51.	Preuß. Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch	1968
52.	Preuß. Ausführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch v. 24. Sept. 1899	1968
53.	Preuß. Gesetz betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit	1968
54.	Ministerialverfügung betr. Führung des Handelsregisters v. 7. Nov. 1899	1968
55.	Preuß. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher	1968
56.	Preuß. Gesetz über die Handelskammern	1968
57.	Preuß. Gesetz v. 3. Nov. 1838 (Eisenbahn)	1968
58.	Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten	1968
59.	Preuß. Strafgesetzbuch	1968
60.	Berggesetz v. 24. Juni 1865	1968
61.	Preuß. Stempelsteuergesetz	1968

b) Hessen.

62.	Hess. Polizeistrafgesetz v. 30. Okt. 1855	1968
63.	Hess. Ausführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch	1968

c) Königreich Sachsen.

64.	Sächs. Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch	1968
65.	**d) Sachsen-Weimar.** Ausführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch	1968
66.	**e)** Corpus juris	1968
67.	**f) Elsaß-Lothringen.** Code pénal	1968

III.

68.	Berner Vertrag	1968

Digitized by Google

Verzeichnis
der angezogenen Gesetzesstellen.

(Die kleinen Zahlen bezeichnen die Nummern der Anmerkungen. E bezeichnet die Einleitung zu Beginn des Kommentars, Ē die Einleitung zu Beginn der einzelnen Pharagraphen. Exk. bedeutet Exkurs.)

I. Reichsgesetze.

1. Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch (neu).

Art.
1 E 7.
2 § 414 15, § 416 4, § 343 16, § 470 4.
2 Abs. 1 § 178 6.
2 Abs. 2 E 21, § 248 7.
3 E 22, § 1 1, § 248 7.
4 E 59, 75.
9 I Exk. zu § 37 1 ff.
9 II § 236 12.
9 III Exk. zu § 37 8.
14 § 384 44.
15 E 19, § 424 13.
16 § 424 18.
16 ff. E 19.
17 Exk. zu § 363 1.
18 Exk. zu § 346 10.
21 Exk. zu § 363 1.
22 § 18 15, Exk. zu § 37 8, § 37 4, § 30 13.
22 ff. E 8 ff.
23 § 178 2.
24 § 180 16.
25 § 228 6.
27 § 236 15 ff.
170 E 10 ff.

2. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Art.
2 E 80.
3 E 19.
7 E 75, § 6 3.
7—31 E 6.
11 § 350 76, Exk. zu § 372 14.
30 E 13, § 25 Ē, Exk. zu § 346 1, 26 a, § 372 5, 11.
32 E 21.
36 E 75, 79.
36 I E 89, 75.
47 Exk. zu § 346 15.
55 E 19.
69 § 350 30.
71 6 § 350 30.
75 § 1 63 a.
75 ff. § 350 77, E 19.
76 § 1 78.
88 § 6 3.
92 Exk. zu § 372 68.
94 Exk. vor § 373 54.
95 § 59 21.
109 Exk. zu § 349 37.
153 ff. § 1 87.
163 § 33 2.
169 § 1 88, § 326 11, § 470 4.
170 § 123 20, Exk. vor § 93 45, § 349 62, Exk. zu § 349 37,
§ 335 42, § 339 29, § 352 17, § 353 14, § 372 69, Exk. vor § 373 89, § 364 20, Exk. zu § 361 95.
170 ff. § 105 46.
174 § 364 20.
176 § 381 10.
181 § 366 87.
184 § 368 110.
192 § 368 110.
200 E 76.
213 § 27 83.
218 E 19, 80.

3. Bürgerliches Gesetzbuch.

§§
1 § 1 4.
3 § 1 21, § 74 4.
10 Exk. zu § 372 20.
12 § 4 23, § 37 12, Exk. zu § 349 27.
21 § 6 1, § 182 19, § 210 1.
21 ff. § 33 1 ff.
22 § 178 6.
24 Exk. zu § 372 20.
26 § 231 3, § 335 26.
27 Abs. 2 § 231 14.
28 § 125 12, § 231 3, § 232 28.
28 Abs. 2 § 232 12.
29 § 231 20, § 272 5.
31 Exk. zu § 58 34, § 232 37, 44, Exk. zu § 346 42.
32 § 231 3.
33 § 250 9.
34 § 231 3.
35 § 250 9.
37 § 254 17.
40 § 125 12, § 232 12, 42.
43 Exk. zu § 346 45.
45 § 300 2.
49 § 1 25, § 149 19.
54 § 1 4, § 225 3, Exk. zu § 346 30.
67 § 34 Ē u. 1 ff.
68 § 335 26.
70 § 335 26.
71 § 34 Ē u. 1 ff.
74 § 34 Ē u. 1 ff., Exk. zu § 346 45.
76 § 34 Ē u. 1 ff.
80 § 1 4.
80 ff. § 33 1 ff.
89 § 36 Ē.
90 § 1 88, § 22 6, § 179 3, § 213 14, § 366 6, § 368 11, Exk. vor § 373 16.
91 § 381 15.
92 E 68, § 22 17.
92 Abs. 2 Exk. zu § 382 69.
94 § 1 45, Exk. zu § 382 71.
94 Abs. 2 § 1 48.
95 § 1 45, Exk. zu § 382 71.
97 § 1 51, 22 23, § 213 14.
99 ff. § 213 7.
101 § 213 15.
104 § 347 12.
104 ff. § 1 20.

Digitized by Google

§§

108 ff. § 366 [36].
109 § 116 [3], § 355 [16].
112 ff. § 59 [35].
114 § 1 [21].
116 Erk. zu § 8 [14].
117 § 368 [96].
117 ff. Erk. zu § 376 [55].
118 Erk. zu § 361 [94a].
119 § 115 [7], § 116 [3], § 70 [35], § 223 [10], § 260 [4], Erk. zu § 346 [7], § 349 [8], § 376 [27], Erk. zu § 382 [94].
119 ff. Erk. zu § 37 [9], § 54 [13], Erk. vor § 373 [44] ff.
119 Abs. 2 § 126 [17], § 70 [24], § 381 [4].
120 Erk. zu § 361 [32, 42].
121 § 137 [1], § 84 [18], § 94 [3], § 259 [10], Erk. zu § 348 [6], Erk. zu § 361 [52], § 377 [29].
121 Abs. 2 § 362 [18], § 373 [50].
122 § 15 [7], § 54 [22], § 58 [54] ff., Erk. zu § 58 [26], § 136 [3]; (Abs. 2) Erk. zu § 361 [52].
123 § 186 [20], § 260 [4], Erk. zu § 343 [27], § 349 [8], § 377 [148, 155, 162, 170, 177], § 383 [21].
123 Abs. 2 § 123 [12], § 223 [10], Erk. zu § 350 [16], § 377 [165].
124 § 377 [164].
125 § 22 [20], § 181 [1], § 189 [1], § 259 [11], § 309 [2], § 350 [39, 70]; (Abs. 2) § 350 [65, 74], § 350 [70, 20].
125 ff. § 426 [14].
126 § 17 [1], § 51 [2], § 79 [2], § 181 E, § 189 [2], § 252 [16], § 344 [8], § 350 [2], Erk. zu § 361 [14].
126 Abs. 1 § 12.
126 ff. § 78 [2], § 76 [13], § 350 [48, 58] ff., [55].
127 § 344 [8], § 350 [53] ff., § 378 [18].
128 § 182 [13].
129 § 12.
130 § 12 [7], § 85 [3], § 95 [8], § 189 [22], § 349 [4], § 346 [13], Erk. zu § 361 [5, 15]; (Abs. 2) Erk. zu § 361 [80], § 372 [14].
130 ff. § 132 [6], § 139 [10], § 139 [8], § 350 [52].
132 § 53 [7], Erk. zu § 361 [9], § 422 [2].
132 Abs. 2 § 66 [9], § 368 [45], § 373 [49].
133 § 346 [1] ff., [43] ff., § 348 [7], Erk. zu § 350 [9], § 374 [27], § 382 [15] ff., § 384 [7], § 386 [6], § 390 [7], § 394 [2], § 400 [6].
134 § 40 [2], § 81 [1], Erk. vor § 93 [44], § 209 [10], § 205 [3] ff., Erk. zu § 376 [41] ff., E.
135 § 302 [10].

§§

135 Abs. 2 § 366 [76].
135 ff. § 369 [17].
136 § 366 [76], § 381 [8].
137 § 137 [2], Erk. zu § 346 [27].
138 (Abs. 1) Erk. zu § 346 [1] ff., § 349 [35], § 350 [14]; (Abs. 1) Erk. zu § 350 [12], Erk. zu § 372 [11], § 407 [25].
138 § 1 [22], § 59 [46], § 117 [5], § 126 [15], § 127 [6], § 70 [10], Erk. vor § 93 [13, 21], § 290 [15], § 339 [28], § 348 [21].
138 Abs. 2 § 74 [5], Erk. zu § 346 [14] ff., Erk. zu § 346 [10].
139 § 22 [20], § 105 [42], § 133 [23], Erk. zu § 62, Erk. vor § 93 [44], § 226 [9], § 237 [10], § 245 [6], § 335 [23], Erk. zu § 346 [5], § 350 [21] ff., § 350 [73, 64], § 350 [28, 20], Erk. vor 373 [47], Erk. zu § 376 [16, 27], § 377 [121, 165], § 471 [4].
140 § 4 [24], § 363 E.
141 § 74 [4], § 209 [10], § 205 [3] ff., § 350 [73] ff., § 377 [167].
142 § 58 [52], § 133 E, Erk. vor § 93 [21]; (Abs. 2) Erk. zu § 350 [16], § 366 [48]; (Abs. 1) § 377 [165].
143 Erk. vor § 46, § 377 [164].
143 ff. § 25 [10].
144 Erk. vor § 373 [47], § 377 [166].
145 ff. § 139 [9], § 350 [52], Erk. zu § 361 [14], Erk. zu § 361 [2] ff.
146 Erk. zu § 361 [18] ff. [56].
147 § 54 [13], § 377 [61], Erk. zu § 361 [36] ff.
148 Erk. zu § 361 [43] ff.
149 Erk. zu § 361 [51] ff., [41].
150 Erk. zu § 361 [21, 57] ff., § 382 [20]; (Abs. 2) § 385 [9].
151 § 66 [8], Erk. zu § 350 [8], [66] ff., § 362 [19], Erk. zu § 372 [14].
152 § 350 [54], [75] ff., Erk. zu § 372 [14].
153 § 354 [6], Erk. zu § 361 [79] ff.
154 Erk. zu § 348 [3], § 350 [64], § 355 [13], Erk. zu § 361 [52] ff., [88], Erk. vor § 373 [23], [154] ff., § 109 [6].
154 Abs. 2 § 350 [39, 65, 74].
155 § 350 [64], Erk. zu § 361 [88] ff.
156 § 220 [13].
157 Erk. zu § 374 [27], § 377 [37], § 379 [28], Erk. zu § 382 [15] ff., § 384 [7], § 390 [7], § 394 [2, 11], § 400 [6], E [25] ff., Erk. zu § 5 [1], § 59 [35], § 346 [1] ff.,

§§

[18] ff., § 344 [14], Erk. zu § 348 [3], § 344 [14], § 346 [1] ff., [4] ff., § 347 [2], § 348 [7], Erk. zu § 350 [8], § 354 [6], § 358 [1], § 355 [22], § 363 [14], § 368 [99], Erk. zu § 372 [36], Erk. vor § 373 [21].
158 § 353 [7], § 377 [46].
158 Abs. 2 Erk. zu § 350 [8], § 374 [3], § 382 [22, 66], Erk. zu § 382 [91].
158 ff. Erk. zu § 382 [54, 65].
159 § 26 [3] ff., § 414 [4].
160 § 414 [4].
161 § 368 [95].
161 Abs. 2 Erk. zu § 382 [66].
161 Abs. 3 § 366 [77].
162 Erk. vor § 93 [28], § 409 [2].
162 Abs. 1 Erk. vor § 93 [17].
163 § 353 [7].
164 Erk. zu § 53 [1], § 51 [2], Erk. zu § 58 [37, 38], § 108 [4], § 126 [16] ff., § 232 [30] ff., § 344 [8].
164 ff. Erk. zu § 58 [1] ff.
165 § 48 [3], § 210 [4], § 231 [10].
166 Erk. zu § 58 [26] ff., § 366 [16].
166 Abs. 1 § 377 [151].
167 § 48 [9], § 49 [2], § 54 [4, 14], § 51 [2].
167 Abs. 2 § 48 [6], § 182 [11], § 189 [2], § 350 [46, 47].
167 ff. § 182 [12].
168 § 52 [3, 10], Erk. zu § 58 [65], § 59 [32], § 127 [9], § 231 [21], Erk. zu § 454 E.
168 ff. Erk. zu § 58 [70].
168 Satz 2 Erk. zu § 350 [12].
170 ff. Erk. zu § 58 [77].
171 § 54 [22], § 52 [3], Erk. zu § 424 [19].
171 ff. § 48 [7].
174 § 54 [15], § 48 [7], § 132 [7], § 66 [12], Erk. zu § 374 [15], § 382 [19].
177 § 232 [11], Erk. zu § 361 [42].
177 ff. Erk. zu § 58 [62] ff., § 85 [3].
177—180 Erk. zu § 58 [39] ff.
178 ff. § 200 [12].
179 Erk. zu § 58 [26, 52, 54] ff., § 48 [12], § 125 [9], § 126 [20], § 128 [20], § 98 [3], § 200 [10], § 232 [4] ff., [47], § 246 E, § 383 [14], § 384 [39].
179 Abs. 3 § 303 [7].
180 § 66 [12], § 377 [27].
181 Erk. zu § 58 [10] ff., § 111 [11], § 124 [37], § 126 [14], § 88 [3], § 155 [2], § 151 [2], § 247 [1], § 255 [6], § 350 [46], § 368 [52], § 379 [24].
182 § 132 [7], § 350 [47, 70], Erk. zu § 361 [42].
182 ff. Erk. zu § 58 [42] ff., § 200 [12],

Digitized by Google

§§

§ 189 [2], § 207 [6], § 222 [3], § 236 [6].
183 § 60 [9].
183 ff. § 326 [6], § 303 [8].
184 § 85 [3], § 377 [137].
185 E [48], § 366 [58], § 368 [24].
187 § 27 [20] ff., § 67 [4].
187 ff. § 132 [3], § 63 [5], § 78 [4], § 77 [1], Exk. zu § 359 [18] ff.,
188 § 67 [5].
188 Abs. 2 § 159 [11].
188 ff. Exk. zu § 359 [25] ff.
190 § 414 [4].
192 Exk. zu § 359 [32].
193 § 66 [11], § 159 [11], § 255 [4], Exk. zu § 359 [31] ff., [40], § 440 [8].
195 § 377 [146], [136], [192], § 472 [20].
196 § 1 [1], § 26 [2] ff., § 363 [32], § 396 [10].
196 (Abs. 1 Nr. 1) § 88 [19], (Nr. 1, Abs. 2) Exk. vor § 93 [40], (Nr. 1) § 99 [6], (Nr. 1) § 344 [7].
196 Nr. 1, 7, § 1 [86], § 99 [6], § 400 [26].
196 Abs. 2 § 159 [6], Exk. zu § 415 [6], § 400 [23].
196 Nr. 3 § 439 [2].
196 Nr. 8 § 59 [33], § 65 [10], § 231 [28].
196 Abs. 1 Nr. 2 Exk. zu § 415 [3].
196 Nr. 10 § 76 [11].
197 § 213 [16], § 352 [18], § 363 [32].
198 § 206 [1], § 241 [19], Exk. zu § 365 [6], § 400 [28], 439 [2].
199 § 159 [10].
201 § 113 [9], § 88 [19], § 99 [6], § 400 [28], § 439 [2].
202 § 346 [18], Exk. zu § 350 [6], § 355 [16], (Abs. 2) § 439 [2].
202 ff. § 26 [3], § 159 [15] ff.
205 § 470 [5].
206 § 27 [20] ff., § 139 [6].
208 § 355 [16], § 377 [138].
208 ff. § 159 [14].
209 § 160 [3], § 377 [138].
211 § 377 [140].
211 ff. § 160 [2].
212 § 377 [138].
215 § 368 [34].
217 § 160 [1].
218 § 26 [2] ff., § 368 [34].
222 § 369 [3], § 377 [138], [141].
222 Abs. 2 § 368 [7].
222 ff. § 159 [12].
223 § 369 [53].
223 Abs. 2 § 368 [95].
224 § 61 [11], § 236 [11], § 348 [35], § 352 [16].
225 § 159 [13], § 377 [192], [188], § 414 [4].

§§

226 § 74 [3], Exk. zu § 346 [41], [7].
232 ff. § 289 [5], § 365 [13], § 368 [34], § 369 [53].
233 § 366 [60] ff.
241 § 212 [4], Exk. zu § 376 [67].
241 ff. § 218 [7].
242 Exk. zu § 374 [27], [51], [57], [84], [102], [139] ff., § 379 [28], § 378 [13], § 384 [17], § 386 [6], § 373 [25], [46], § 418 [2], § 409 [2], § 424 [6], E [25] ff., Exk. zu § 5 [1], § 59 [35], § 344 [14], § 349 [33], § 346 [18], Exk. zu § 346 [10], § 347 [3], § 360 [3], § 354 [6], § 358 [1], § 363 [14], § 368 [99], Exk. zu § 372 [56], Exk. vor § 373 [69], [61], [56], § 373 [14], Exk. zu § 374 [15].
243 § 360 [1], § 373 [24], (Abs. 2) Exk. vor § 373 [70], Exk. zu § 374 [166].
244 Exk. zu § 58 [11], § 347 [25] ff., § 361 [3] ff.
245 § 361 [3] ff., [7].
246 § 353 [12], § 352 [7] ff., § 352 [2], § 352 [18] ff., Exk. zu § 374 [75].
246 ff. § 352 [13] ff.
248 § 1 [64].
248 Abs. 1 § 353 [4].
249 Exk. zu § 58 [60], § 59 [47], § 70 [19], Exk. zu § 346 [25], § 347 [26] ff., Exk. zu § 349 [22], § 408 [16].
249 ff. § 37 [22], § 61 [2], § 209 [7], § 202 [13], § 241 [29], § 347 [17], § 377 [171], § 430 [2] ff., § 445 [2].
249 S. 1 Exk. zu § 374 [28].
250 § 58 [60], Exk. zu § 349 [22].
251 § 347 [26] ff.
252 § 37 [23], § 70 [19], § 347 [17].
252 ff. § 202 [13].
254 § 111 [12], § 133 [12], § 70 [20], § 209 [7, 9, 11], § 269 [5], § 347 [12], Exk. zu § 374 [56, 66] ff., [90, 139] ff., § 377 [103] ff., [173], § 386 [6], § 373 [38], § 408 [3], § 426 [16], § 427 [5], § 429 [16], § 459 [19], § 465 [3], § 472 [12].
254 Abs. 2 § 352 [3, 8] ff., Exk. zu § 374 [30] ff.; (Abs. 1) § 377 [163].
255 Exk. zu § 349 [24], § 366 [62].
256 § 352 [6].
257 § 349 [53].
259 § 59 [44], 65 [5], Exk. zu § 141 [26], § 231 [26], Exk. zu § 342 [3], § 384 [17].
260 Exk. zu § 374 [27].
262 Exk. vor § 373 [28].

§§

262 ff. § 113 [1] ff., § 141 [4], § 61 [1], § 348 [15].
263 ff. Exk. zu § 58 [59], § 374 [152].
264 Exk. vor § 373 [41] ff., [71].
264 Abs. 1 Exk. zu § 374 [152].
266 § 364 [18], § 373 [14], Exk. zu § 374 [45], [150], § 373 [36].
268 § 349 [21].
268 Abs. 3 § 369 [32].
269 § 40 [4], § 75 [9], § 84 [29], Exk. vor § 93 [42], § 355 [28], § 363 [15], Exk. zu § 372 [4] ff., [15], Exk. vor § 373 [72], Exk. zu § 374 [27], § 377 [75], [106], [168], Exk. zu § 382 [23] ff., § 420 [5].
269 ff. § 64 [7], § 88 [18], § 337 [3], Exk. zu § 372 [2].
270 Exk. zu § 372 [66, 68, 13, 32, 48] ff., § 374 [13].
270 Abs. 2 § 13 [3]; (Abs. 4) § 377 [75].
271 Exk. zu § 141 [9], § 359 [38], § 353 [7], Exk. vor § 373 [71], § 377 [41].
271 Abs. 1 Exk. zu § 359 [3].
272 Exk. zu § 359 [11] ff.
273 § 59 [45, 47], § 348 [8] ff., § 369 [13], Exk. zu § 374 [36, 76], § 373 [38], Exk. zu § 424 [16], § 440 [13].
273 ff. § 369 [1].
274 § 115 [5], § 369 [64].
274 Abs. 2 Exk. vor § 373 [79] ff.
275 § 222 [3], Exk. zu § 350 [4], § 374 [149] ff., § 373 [25], § 408 [15].
275 ff. § 114 [13] ff.
276 § 15 [7], § 58 [54] ff., § 114 [13], § 111 [12], § 347 [3, 11, 12, 28], Exk. zu § 349 [34, 22, 11, 10] ff., [3], § 374 [18].
276 Abs. 2 § 241 [1], Exk. zu § 349 [25].
276 § 349 [38], Exk. vor § 373 [56], Exk. zu § 374 [46, 175, 179] ff., § 377 [100, 105, 180, 201], § 378 [13], Exk. zu § 382 [30, 40, 53], § 417 [7], § 408 [25], Exk. zu § 424 [13], § 426 [17], § 430 [12], § 472 [11].
276 ff. § 62 [13] ff., Exk. vor § 93 [37], § 218 [7].
277 § 111 [12], § 335 [32].
278 § 377 [174], § 417 [7], § 408 [25, 4], Exk. zu § 424 [13], § 427 [5], § 429 [14], § 431 [1, 7], § 426 [16], § 472 [11, 6], Exk. zu § 58 [26] ff., § 84 [21], Exk. vor § 93 [34],

Digitized by Google

§§

§ 232 [44], § 347 [4], § 347 [28], Exk. zu § 349 [24], [10] ff., § 372 [52], Exk. vor § 373 [56], Exk zu § 374 [46], § 377 [101].

278 ff. Exk. zu § 374 [18].

279 Exk. zu § 374 [47], [166], 382 [51].

280 § 212 [24], § 347 [11], Exk. zu § 374 [130], [164], § 377 [98].

280 ff. Exk. zu § 58 [60].

280 Abs. 2 Exk. zu § 374 [126] ff.

283 Exk vor § 93 [39], § 373 [63], Exk. zu § 374 [150], [149] ff., [165], § 377 [98], § 375 [18], § 376 [25], § 377 [109].

284 Abs. 2 § 64 [6], § 337 [4], Exk. zu § 359 [6], § 374 [15], [51].

284 ff. § 55 [6], § 347 [11], § 366 [71] ff.

284 Abs. 2 Exk. zu 374 [17].

285 § 218 [7], § 348 [13] ff., Exk. zu § 374 [13], [14].

286 § 212 [21], § 218 [9], Exk. zu § 372 [27], § 374 [20], [164], § 377 [98], [100], § 375 [5].

286 Abs. 1 Exk. zu § 374 [22], § 374 [1] ff.

287 § 347 [9], Exk. zu § 374 [112], [166], § 377 [68], Exk. zu § 382 [51].

288 § 64 [6], § 218 [9], § 337 [4], § 348 [16], § 353 [12], § 352 [7] ff., [8] ff., Exk. vor § 373 [62], Exk. zu § 374 [22].

289 § 353 [4].

291 § 353 [12], § 353 [4], § 352 [6], Exk. vor § 373 [62].

293 Exk. zu § 359 [6], [4], § 353 [10].

294 § 373 [14], [36].

295 § 231 [24], Exk. zu § 359 [4], § 372 [27], Exk. vor § 373 [58], [60], § 373 [1], [19], [13], Exk. zu § 374 [9], § 375 [2], [15], § 435 [5].

296 § 353 [8] ff., [10], § 373 [12], [24], § 375 [3].

297 § 373 [15], Exk. zu § 374 [8], § 375 [15].

298 Exk. zu § 374 [155].

299 § 373 [9].

300 § 373 [24], Exk. zu § 374 [166], § 379 [16].

300 Abs. 1 § 377 [101].

300 Abs. 2 Exk. vor § 373 [70], Exk. zu § 382 [45].

300 ff. Exk. zu § 374 [8].

301 § 353 [8] ff., [10].

303 Exk. zu § 374 [2].

304 Exk. vor § 373 [79] ff., § 374 [1] ff., [2], § 375 [17], § 377 [101], § 435 [5].

305 § 349 [4].

§§

306 Exk. vor § 373 [60].

306 ff. Exk. vor § 373 [9].

307 Exk. zu § 58 [26], § 346 [18].

309 Exk. zu § 58 [26].

311 § 22 [30], § 186 [19], § 303 [15], § 335 [28], § 350 [73], [48], [3], Exk. zu § 350 [14], Exk. vor § 373 [17].

312 (Abs. 2) § 350 [35], Exk. vor § 373 [3].

313 § 22 [20], § 105 [41], Exk. vor § 93 [22], § 182 [25], § 186 [19], § 335 [28], § 350 [72] ff., § 350 [76] ff., [41], [3], [20] ff., Exk. vor § 373 [19], § 377 [167].

314 § 213 [16], § 368 [27], Exk. vor § 373 [56].

315 Exk. zu § 141 [6], § 372 [44], Exk. vor § 373 [58] ff., [38].

315 ff. Exk. vor § 93 [11], § 354 [11].

316 Exk. vor § 373 [26], § 420 [1].

318 Exk. vor § 373 [24].

319 Exk. vor § 373 [24].

320 § 70 [16], § 99 [2], § 348 [8] ff., Exk. zu § 359 [7], § 369 [13], Exk. zu § 374 [8], [26], [51], [126].

320 ff. § 109 [5], § 373 [24], § 381 [3] ff.

320 Abs. 1 Exk. zu § 374 [76].

320 Abs. 2 § 348 [17], Exk. zu § 372 [58].

320 Abs. 3 § 435 [7].

321 § 292 [8], § 289 [4], 349 [53], Exk. vor § 373 [40] ff., Exk. zu § 374 [147] ff., § 382 [51] ff.

322 Exk. zu § 359 [4], § 372 [15], Exk. vor 373 [41] ff., [79] ff., Exk. zu § 374 [3], [44].

322 Abs. 2 Exk. vor § 373 [79] ff.

323 § 63 E; (Abs. 1) Exk. zu § 374 [150].

323 Abs. 2 § 383 [32]; (Abs. 3) 385 [7].

323 ff. § 231 [25] a ff., Exk. vor § 373 [60], Exk. zu § 374 [36], [49], [163], § 377 [45], § 376 [26], § 428 [7].

324 § 70 [4], § 89 [5].

324 Abs. 2 Exk. zu § 382 [45] ff., § 373 [26].

325 § 84 [26], Exk. vor § 93 [17], Exk. zu § 350 [4], Exk. vor § 373 [70], Exk. zu § 374 [49], § 374 [126] ff., [150], § 377 [87, 98], § 381 [5], § 385 [7], § 409 [11].

325 Abs. 2 Exk. zu § 374 [149] ff., [98], § 375 [18], 377 [109].

325 ff. § 375 [5].

326 Abs. 2 § 377 [94], § 375 [8], § 376 [6]; (Abs. 1) Exk. zu § 376 [5].

326 § 413 [6], § 296 [15], § 400 [25], § 397 [11], § 398 [2], § 409 [11],

§§

§ 55 [6], § 70 [29], § 212 [21], § 231 [21], § 348 [16], Exk. zu § 350 [2], § 372 [27], Exk. vor § 373 [41] ff., Exk. vor § 373 [47], [68], § 373 [13, 21], Exk. vor § 373 [71], § 373 [14], Exk. z. § 374 [1] ff., § 374 [1] ff., Exk. zu § 374 [42], [126] ff., [147] ff., [172] ff., § 377 [1], § 375 [20] ff., § 376 [26, 28], [32] ff., § 375 [8] ff., § 377 [101], § 381 [11], Exk. zu § 382 [29], [52], [96], § 374 [1].

327 Exk. zu § 374 [75], § 376 [11].

328 § 303 [2], § 305 [2].

329 § 25 [24], § 363 [8].

335 § 303 [2], § 305 [2].

336 Exk. zu § 348 [2].

336 ff. Exk. zu § 348 [1] ff.

337 ff. Exk. zu § 348 [4].

339 § 426 [16].

339—345 § 212 [21].

339 ff. § 218 ff., § 348 [1] ff.

340 § 61 [12], § 236 [11], § 349 [10].

340 Abs. 2 § 75 [6].

340 ff. § 348 [15], Exk. zu § 374 [5].

341 § 348 [18] ff., § 349 [10]; (Abs. 3) Exk. zu § 374 [56], [22].

342 § 348 [20].

343 § 113 [10], § 236 [13], § 348 [19].

344 § 348 [29].

345 § 348 [13] ff., Exk. vor § 373 [56], § 377 [120].

346 § 70 [25], Exk. zu § 349 [10] ff., § 374 [51], § 377 [37], [65] ff.

346 ff. § 70 E, Exk. zu § 374 [1], [25], [117] ff., § 376 [11], Exk. zu § 382 [55].

347 § 352 [6], § 363 [14], Exk. zu § 374 [75].

347 Abs. 3 § 377 [118].

351 Exk. zu § 374 [75].

352 Exk. zu § 374 [75].

354 § 377 [109].

355 Exk. zu § 374 [75], § 376 [1], [11], [29].

356 § 377 [108].

358 Exk. v. § 373 [56], § 377 [120].

359 Exk. zu § 348 [6], § 350 [39], Exk. zu § 372 [67], § 376 [6].

359 Abs. 1 Exk. vor § 373 [49].

359 ff. Exk. zu § 374 [42].

360 Exk. zu § 374 [4], § 382 [43].

361 Exk. zu § 372 [67], § 376 [32] ff., [1], Exk. zu § 382 [96].

362 Exk. zu § 58 [14], § 377 [6].

362 ff. § 348 [25].

363 § 348 [19], Exk. vor § 373 [56], § 377 [118], [120] ff., § 378 [14].

364 § 1 [25], § 377 [65] ff.

364 Abs. 2 § 335 [28].

Digitized by Google

§§

365 § 349 [2].
366 § 27 [28], § 356 [2], § 366 [33].
366 Abs. 2 § 376 [18].
368 § 435 [5].
370 Ezk. zu § 58 [16] ff., § 125 [12].
371 § 448 [2].
372 § 290 [7], § 349 [41], § 353 [10], Ezk. zu § 372 [27], § 374 [25], § 373 [26], § 374 [4], § 435 [5].
372 ff. § 300 [11], Ezk. zu § 372 [57].
373 Ezk. vor § 373 [41] ff., Ezk. zu § 374 [94].
373 Abs. 4 § 379 [24].
376 § 349 [41].
379 § 353 [10].
379 Abs. 1 § 353 [11].
380 § 377 [142] ff., § 381 [5].
382 § 300 [11].
383 Ezk. zu § 372 [27], § 374 [1] ff., Ezk. zu § 374 [94], § 373 [41], [52], § 374 [3], [1], § 435 [5].
383 Abs. 3 § 373 [33].
385 § 93 [5].
385 Abs. 2 § 386 [2].
387 § 124 [34] ff., § 131 [14], Ezk. zu § 363 [12], § 376 [18].
389 Ezk. zu § 376 [18].
390 § 414 [15].
394 § 59 [47].
395 Ezk. zu § 374 [8].
396 Ezk. zu § 376 [18].
397 § 205 [3] ff., Ezk. zu § 350 [6]; (Abs. 2) § 350 [19].
399 § 109 [14], [20], § 70 [27], § 222 [3], § 368 [101].
399 ff. § 411 [2].
400 § 368 [5].
401 § 22 [24], § 22 [27], § 349 [47], [59], § 364 [4], § 368 [98], § 369 [7].
401 ff. § 25 [15].
402 § 22 [26], § 61 [6], § 349 [48].
403 § 22 [27].
404 § 223 [12], § 289 [4], § 349 [43], Ezk. zu § 372 [27].
405 § 350 [14], § 363 [11], [29], § 364 [15].
406 ff. § 25 [15], § 411 [2].
407 § 223 [13], § 392 [11].
409 § 25 [16], § 222 [17], § 392 [11].
410 § 377 [104].
412 § 25 [15], § 349 [47], [59].
413 § 222 [7], § 222 [8], § 223 [12], § 368 [5].
414 § 26 [1], § 159 [6], Ezk. zu § 346 [10].
414 ff. § 22 [31], § 25 [9], § 25 [24].
417 § 25 [10].
418 § 349 [19].
419 § 26 [1], § 303 [16], § 304 [8], § 305 [26], § 306 [15].
420 § 128 [16], § 162 [18], § 237 [22], § 245 [13].
421 § 349 [55], § 472 [19].
421 ff. § 26 [1], § 200 [12], § 202 [23], § 204 [6], § 249 [2].
421 ff. § 128 [6] ff.
422 § 124 [36], § 356 [1].
423 § 129 [15], Ezk. zu § 350 [7].
425 § 160 [4], [6], Ezk. zu § 374 [79].
426 § 202 [13], § 202 [28], § 241 [30], § 347 [13], § 349 [40], [46] ff., Ezk. zu § 350 [7], § 472 [19].
426 (Abs. 1) § 432 [9].
427 § 128 [1], § 200 [10], § 162 [18].
428 § 225 [7].
428 ff. § 241 [14] ff.
431 § 162 [18].
431 ff. § 179 [1].
432 § 419 [8].
433 Ezk. zu § 372 [16], [15], Ezk. vor § 373 [13], [60], Ezk. zu § 374 [26], [165], § 377 [71].
433 Abs. 1 S. 2 Ezk. vor § 373 [6], [56].
433 Abs. 2 Ezk. vor § 373 [67].
433—444 § 145 [10].
433 ff. Ezk. zu § 382 [78].
434 Ezk. vor § 373 [7], [59].
437—440 § 381 [6].
437 § 22 [27], § 105 [35], § 209 [2], § 377 [102], § 381 [3] ff.
437 Abs. 1 § 377 [136].
437 ff. § 186 [19].
437 Abs. 2 § 381 [3] ff.
438 § 349 [2].
439 § 159 [6], § 377 [102].
439 Abs. 2 Ezk. vor § 373 [59].
439 ff. Ezk. vor § 373 [60].
440 Ezk. vor § 373 [60], § 381 [6].
440 Abs. 1 Ezk. zu § 374 [1] ff., § 377 [136].
443 § 186 [19].
444 Ezk. vor § 373 [61], § 381 [5].
445 § 105 [35], § 209 [2].
446 § 353 [12], Ezk. zu § 382 [23], [67].
446 Abs. 1 § 353 [12].
447 § 40 [4], Ezk. zu § 372 [3], [15], Ezk. vor § 373 [70], § 373 [10], § 377 [3], Ezk. zu § 382 [28] ff., [56], § 408 [19].
447 Abs. 1 Ezk. zu § 382 [45] ff.
447 Abs. 2 Ezk. zu § 382 [39] ff.
448 Ezk. zu § 372 [2], § 382 [119] ff., § 426 [19].
448 Abs. 1 Ezk. zu § 282 [45].
448 Abs. 2 § 223 E.
451 § 377 [66].
452 § 353 [12], § 352 [6], Ezk. vor § 378 [62].
453 § 261 [19], Ezk. vor § 373 [32].
454 § 355 [16], Ezk. zu § 374 [1] ff., [118] ff., [151], § 376 [32] ff.
455 Ezk. zu § 382 [68], [65], [66].
456 § 368 [56].
457 § 368 [82], § 373 [33].
457 ff. § 368 [84].
458 § 368 [56], § 373 [33].
459 Ezk. zu § 349 [32], § 377 [100], [94], [89] ff., [45], [102] ff.
459 ff. § 58 [26], § 381 [3] ff.
460 § 377 [32], [117], [155], [157], [162],
461 § 377 [122].
462 § 377 [68].
463 § 377 [32], [45], [75], [100], [85], [104], [139], [140], [155], [158], [162], § 381 [12].
463 ff. § 377 [41].
464 § 348 [19], Ezk. vor § 373 [41] ff., § 377 [118], [120], [121], [156].
464 ff. § 377 [92] ff.
465 § 377 [61], [94], [135].
465 ff. § 377 [60].
466 § 55 [6], § 377 [108], [141].
467 § 377 [65] ff., [109], [108].
468 Ezk. vor § 373 [69], Ezk. zu § 374 [166], § 377 [44].
469 § 379 [21].
469 ff. § 377 [178] ff.
472 Ezk. zu § 374 [150], § 377 [78] ff., [178].
473 Ezk. zu § 374 [150], § 377 [78] ff.
474 ff. § 377 [92] ff.
476 § 377 [121], [167].
476 ff. § 377 [32], [159] ff.
477 Ezk. zu § 349 [32], Ezk. vor § 373 [14] ff., § 377 [102], [133] ff., [139], [157], [192], [193], § 400 [26].
477 Abs. 1 § 159 [12], § 377 [188] ff.
477 ff. § 377 [146], Ezk. zu § 379 [8], § 381 [4].
478 § 377 [141], [191], § 414 [7].
478 ff. § 377 [102].
479 § 377 [142] ff., § 414 [7].
480 § 55 [6], Ezk. zu § 374 [42], [175], [179] ff., § 377 [21], [41], [45], [60], [75], [85], [92] ff., [94], [100], [109], [183] ff., [142] ff., [129], [135], [158], [162].
481 ff. § 382.
487 § 377 [68].
493 § 105 [35], Ezk. vor § 373 [7].
494 § 96 [1], Ezk. zu § 382 [1] ff.
495 Ezk. vor § 373 [51].
495—496 Ezk. zu § 382 [12] ff.
497 ff. Ezk. vor § 373 [51].
503 Ezk. vor § 373 [51].
515 Ezk. vor § 373 [2].
518 § 22 [20], Ezk. zu § 350 [9], § 350 [24], [3].

Digitized by Google

§§
518 Abs. 2 § 350 [71].
528 Ergl. zu 350 [9].
530 Ergl. zu 350 [9].
534 § 59 [34], Ergl. zu § 350 [9].
542 Abs. 3 Ergl. vor § 373 [86].
559 § 368 [5].
559 ff. § 366 [60] ff.
565 § 350 [28].
566 Ergl. vor § 93 [22], § 350 [71, 81].
566 Abs. 2 § 350 [28].
580 § 350 [28].
581 § 350 [28].
581 ff. § 366 [60] ff.
588 ff. Ergl. zu § 382 [69].
590 § 366 [60] ff.
607 Abs. 2 Ergl. zu § 376 [20].
610 § 349 [53], Ergl. vor § 373 [41] ff.
611 § 59 [32], § 70 [30].
611 ff. § 59 [7] ff.
612 § 231 [24], § 245 [3].
613 Ergl. zu § 58 [31], § 70 [27], Ergl. vor § 93 [34], § 84 [21].
614 § 70 [16], § 384 [17].
614 Satz 1 § 63 E.
614 Satz 2 § 64 [1].
615 § 70 [4, 12, 20, 27], § 84 [24] ff., 92 [7].
616 § 63 [1] ff., § 92 [14], § 231 [25] a ff.
617 § 59 [32], § 62 E, § 63 [9] ff.
618 § 59 [9], § 62 E.
620 § 67 [3, 5].
620 ff. § 231 [29].
621 § 66 [1].
622 § 84 [5].
624 § 66 [3], § 77 [4].
625 § 69 [5].
626 § 243 [9] ff.
626 ff. § 70 E, Ergl. vor § 93 [39], § 231 [21, 30].
627 Ergl. vor § 93 [2, 30], § 84 [5], § 149 [40], § 243 [9] ff., § 383 [24].
627 ff. § 245 [16].
628 § 70 [14, 17] ff., § 383 [23]; (Abs. 2) § 92 [3], § 339 [24].
629 § 66 [13].
630 § 59 [9], § 73 [1], § 231 [35].
631 § 1 [52], § 425 [1].
631 ff. § 1 [71], § 381 [18].
634 Ergl. zu § 349 [10] ff.
635 Ergl. zu § 349 [10] ff.
637 Ergl. zu § 349 [34].
638 Abs. 2 § 159 [13].
638 Ergl. zu § 349 [32]; Ergl. vor § 373 [14] ff., § 381 [17], § 472 [20].
640 Abs. 2 § 348 [19].
641 § 439 [2].
642 § 425 [4].
644 § 425 [1], § 480 [7].

§§
644 Abs. 2 Ergl. zu § 372 [3].
645 § 428 [7].
647 § 366 [60] ff.
648 § 472 [20].
649 § 383 [23], § 425 [1], § 428 [3].
651 § 1 [35], Ergl. vor § 373 [14] ff.
651 Abs. 1 § 381 [14].
652 Ergl. vor § 93 [2, 30].
652 ff. Ergl. vor § 93 [6] ff., § 93 E, § 93 [1] ff., § 99.
656 § 350 [14], § 354 [7].
662 § 48 [1], § 110 [6], § 231 [21], § 349 [38], § 362 [2], § 368 [99].
662 ff. § 84 [11], § 349 [52, 53], § 383 [18].
663 § 362 [20], § 383 [38].
664 § 22 [24], Ergl. zu § 58 [31], § 238 [13].
664 ff. § 114 [6] ff.
665 § 152 [1], Ergl. zu § 363 [6], § 385 [11], § 386 [2, 3].
665 ff. § 84 [19] ff., § 231 [25], § 253 [4].
666 § 59 [44], § 118 [3], § 137 [1], § 204 [4], § 231 [36], § 241 [2], Ergl. zu § 342 [3], § 347 [11], § 384 [17], § 408 [27].
667 § 59 [46], § 113 [4], Ergl. zu § 350 [12], § 368 [103], § 408 [27].
667 ff. § 349 [38].
668 ff. § 231 [24].
668 § 352 [6].
669 § 349 [53], § 409 [7] ff., [11].
670 § 110 [3], § 349 [38], § 349 [53], § 410 [2, 14], § 409 [7] ff.
671 § 52 [5], § 117 [7], § 149 [40], § 231 [21], § 243 [9] ff., § 349 [53], Ergl. zu § 363 [2].
671 Abs. 2 u. 3 § 127 [9].
671 ff. Ergl. zu § 58 [66] ff., § 92 [1].
672 § 92 [10], § 92 [12], Ergl. zu § 424 [18].
672 ff. § 66 [14], § 383 [25].
673 § 137 [4], § 92 [11], § 231 [34].
674 § 92 [12].
675 Ergl. zu § 58 [31], § 52 [5], § 59 [44], § 59 [46], § 92 [1], § 84 [19, 4], § 92 [10], § 92 [11, 12], § 204 [4], § 231 [21, 24, 34, 36], § 241 [2], § 253 [4], § 352 [6], Ergl. zu § 363 [1], § 350 [12, 11], § 362 [2], § 362 [20] ff., § 384 [17], § 396 Abs. 2, § 407 [3], § 408 [27], § 409 [7] ff.
675 ff. § 96 [3].
676 Ergl. zu § 349 [1] ff., [6].
677 § 342 [3], § 362 [2], § 379 [18].
678 § 115 [5], § 241 [1], § 347 [9].
678 ff. § 114 [18] ff.
679 § 115 [5], § 110 [1, 3].
683 § 110 [1], § 110 [3], § 354 [10].

§§
688 ff. § 416 [2, 5], Ergl. zu § 424 E, § 465 [9].
690 § 377 [201], Ergl. zu § 424 [13], § 429 [9].
691 Ergl. zu § 424 [13].
691 ff. § 417 [3].
693 Ergl. zu § 424 E, § 424 [14].
694 § 368 [35].
695 Ergl. zu § 363 [12], § 422 [4], Ergl. zu § 424 [17].
697 § 420 [5], Ergl. zu § 424 [10, 17], § 424 E.
699 Abs. 2 § 420 [2].
700 § 1 [35], Ergl. zu 58 [11], § 363 [12], § 368 [87], § 419 [9], Ergl. zu § 424 [5, 17, 19].
700 Abs. 2 Ergl. zu § 424 [3].
701 § 472 [10].
704 § 366 [60] ff., § 368 [5].
705 § 105 [3] ff., § 105 [11, 27], 137 [3].
705 ff. § 4 [26], § 109 [1] ff., § 176 [6], Ergl. zu § 342, [5].
706 ff. § 111 [1] ff., § 114 [2] ff.
707 § 149 [3], § 335 [99].
708 § 111 [12], § 218 [7], § 335 [31].
712 § 146 [5], § 338 [11].
712 Abs. 2 § 127 [9].
713 § 110 [3], § 113 [4], § 114 [6], § 118 [3], § 137 [1], Ergl. zu § 342 [3], § 347 [11], § 352 [6].
714 § 125 [1], § 152 [1].
716 § 118 [1] ff., § 338 [7] ff., Ergl. zu § 342 [3].
716 Abs. 2 § 166 [19].
717 § 109 [11] ff., § 335 [27].
718 ff. § 105 [27], § 124 [21], § 335 [31].
719 § 109 [14].
721 Ergl. zu § 342 [3].
722 § 202 [23], § 335 [25].
722 Abs. 2 § 168 [2], § 336 [2].
723 § 115 [5], § 339 [18] ff., Ergl. zu § 346 [31] ff.
723 Abs. 2 § 132 [9], § 339 [29].
725 Abs. 2 § 124 [28].
726 § 131 [3], § 339 [7] ff.
727 § 137 [4], § 195 [5], § 339 [3] ff.
728 ff. § 137 [3], § 339 [6].
729 § 156 [3].
730 Abs. 2 § 145 [3], § 156 [1].
732 § 155 [19].
732 ff. Ergl. zu § 141 [4].
733 § 111 [7], § 128 [16].
734 ff. § 154 [5].
735 § 155 [15], § 202 [23].
736 § 195 [5], § 339 [6], Ergl. zu § 346 [31] ff.
736 ff. § 145 [9].
737 § 140 [6].
738 § 138 [3] ff., § 140 [9] ff., § 139 [19], § 142 [3], § 145 [9].

Digitized by Google

§§
788 ff. Ext. zu § 141, § 340 4 ff.
739 Ext. zu § 141 16 ff.
740 § 124 27, § 128 18, Ext. zu § 141 21 ff.
740 Abs. 1 § 340 11.
740 Abs. 2 § 340 13.
741 § 366 18.
741 ff. § 225 13.
743 Ext. zu § 424 5.
747 Ext. vor § 373 60.
747 Abs. 2 § 419 3.
751 ff. § 133 E.
752 § 419 3.
753 § 225 13.
761 § 350 35, 41, 3.
762 Ext. zu § 348 7, § 350 14, § 355 30, Ext. zu § 376 62, 65, 71 ff., 15, 16, 22.
762 ff. § 368 7.
764 Ext. zu § 376 50 ff., 16.
765 ff. § 349 1 ff.
766 § 349 4, § 350 71.
766 S. 2 § 349 6; (S. 1) § 350 4 ff.
767 § 349 11, § 356 4, 1, 368 32.
768 § 349 15.
768 Abs. 2 § 349 14.
769 § 349 46 ff.
770 § 129 9, § 159 17, § 349 13, 16 ff.
770 ff. § 368 38.
771 ff. § 349 20 ff.
772 § 349 27.
774 § 349 16 ff., § 349 38, 40, 42, 47, 57.
774 Abs. 1 § 369 32.
774 Abs. 2 § 349 46 ff.
774 ff. § 349 39.
775 § 84 17, § 349 35 ff.
776 § 349 23, 47.
777 § 349 27.
778 § 335 37, § 349 52, Ext. zu § 349 15.
779 § 205 3 ff., Ext. zu § 350 3, § 376 27.
780 § 350 41, 11, 4 ff., § 355 20, § 363 5, 19, Ext. zu § 376 15, § 377 138.
780 ff. § 348 25, Ext. zu § 350 9, § 355 4 ff.
781 Ext. zu § 376 15, § 377 138.
781 ff. Ext. zu § 357 4 ff.
781 § 350 41.
781 S. 2 § 350 15 ff.
781 S. 1 § 350 4 ff.
782 § 350 11, 15 ff., § 355 25, § 363 5, Ext. zu § 376 21, 16.
783 § 350 33, § 363 1.
784 § 350 33, § 363 8.
784 Abs. 1 § 363 11.
788 § 363 15.
789 § 363 14.

§§
790 Ext. zu § 363 6, § 363 7.
792 § 350 32, Ext. zu § 363 7, § 363 5, 6.
792 Abs. 3 § 363 11.
793 § 213 14, § 223 26, § 350 46.
793 Abs. 2 § 181 E, § 344 8.
793 ff. § 223 16, Ext. zu § 365 1 ff.
794 § 223 25, § 366 50.
795 § 353 4.
796 § 223 12.
796 ff. § 223 27 ff.
797 § 424 9.
799 § 213 15.
799 Abs. 2 § 228.
800 § 228, § 365 13.
801 § 213 16, Ext. zu § 365 6.
801 ff. § 223 29 ff.
804 § 228 8.
805 § 381 10.
807 § 1 40, § 366 50, § 369 15, § 472 17.
807 ff. Ext. zu § 365 1 ff.
808 § 424 10.
809 § 388 4.
809 ff. § 96 1.
810 § 45 1, § 91 4, § 157 9, 15, § 166 1, § 349 14, § 384 20.
811 § 157 14.
812 Ext. vor § 93 21, § 155 4, § 207 5, § 281 2, Ext. zu § 348 2, § 346 23, § 364 9, Ext. vor § 373 49, Ext. zu § 376 45, 101, § 377 165, Ext. zu § 382 64, § 383 38, § 385 7, § 424 6, § 433 11.
812 Abs. 1 § 377 168, Ext. zu § 382 85.
812 Abs. 2 § 348 25, § 350 18, 14, § 355 30.
812 ff. § 194 2, § 217 24.
813 ff. § 213 5.
813 § 377 141.
814 § 350 70, Ext. zu § 350 9, § 355 30, Ext. zu § 376 45, 26.
815 § 409 2.
816 § 364 10, § 366 69, 74.
817 § 207 5, Ext. zu § 346 1 ff., 23, § 376 45.
817 Satz 2 Ext. zu § 346 11.
818 § 70 25, § 366 69, Ext. zu § 377 101, § 385 7.
818 Abs. 3 Ext. zu § 376 18.
819 Ext. zu § 346 23, § 383 32.
820 § 352 6.
821 § 350 14, § 364 9, § 424 6.
822 § 368 75.
823 § 37 23, 14, § 73 8, § 227 6, § 226 1, § 241 24 ff., § 282 10, § 284 6, § 287 2, § 335 32,

§§
§ 346 18, Ext. zu § 346 7, § 347 2, 26, Ext. zu § 349 6, 8, § 361 9 a, 12, § 366 71 ff., § 368 100, 98, Ext. vor § 373 49, Ext. zu § 376 26, § 377 120, 162, 169, 177, Ext. zu § 424 6, § 472 12, 6.
823 Abs. 1 Ext. zu § 377 1 ff.
823 Abs. 2 Ext. zu § 37 9, § 202 3, § 204 2, Ext. zu § 349 27, 26, § 418 3.
823 ff. Ext. zu § 58 32 ff., § 232 46 a, § 267 5, Ext. zu § 350 8, § 467 2.
824 § 273 11, Ext. zu § 349 26.
826 § 37 19, § 126 15, § 70 15, § 73 8, § 202 3, § 226 1, § 241 24 ff., § 335 32, § 348 25, Ext. zu § 346 23, 25, § 346 6 ff., 1 ff., 13, 41, Ext. zu § 349 25, 7, § 350 8, § 361 9 a, 13, § 361 94, § 368 100, Ext. zu § 372 11, Ext. vor § 373 24, 49, 51, 60, Ext. zu § 376 23, § 377 120, 162, 169, 177, Ext. zu § 377 2, § 381 6, § 383 31, § 387 4.
830 § 226 1.
831 Ext. zu § 58 32 ff., § 232 44, § 377 151, 174, § 429 24, § 472 12.
832 § 76 9.
835 Abs. 2 § 350 80.
840 Ext. zu § 58 32 ff., § 226 1, § 241 30, § 347 13, § 472 19.
842 ff. § 62 7 ff.
852 § 209 7, Ext. zu § 349 31, § 377 146, 175.
853 § 126 15.
854 § 195 19, § 366 12.
855 § 59 45, § 366 46, Ext. zu § 382 110.
858 § 366 71 ff.
862 Ext. zu § 349 27.
868 § 195 19, § 368 95, 97, § 369 27, Ext. vor § 373 56, Ext. zu § 382 62, § 440 6.
870 § 368 9, § 419 8, § 424 7, 9, § 440 6.
873 § 1 24, Ext. vor § 93 22, § 186 19, § 350 22, § 353 12.
878 Abs. 2 § 350 41.
883 ff. Ext. zu § 382 70.
895 Ext. zu § 141 3.
925 § 350 54, 2.
925 Abs. 1 § 182 13.
925 Abs. 2 Ext. zu § 382 70.
929 § 40 4, Ext. zu § 58 37, § 222 9, § 365 10, § 366 12, 18, § 369 15.
929—931 § 1 38.

Digitized by Google

§§

929 ff. § 186 [19], § 366 [1] ff., § 368 [63] ff.
930 § 368 [95, 97], § 373 [2], Exk. vor § 373 [56], § 383 [33].
931 § 350 [25], § 363 [38], § 369 [15, 32], Exk. vor § 373 [56], § 419 [8], § 424 [9, 7].
931 ff. Exk. zu § 382 [64].
932 § 172 [9], E [68], § 363 [37], § 365 [10], § 385 [13], § 419 [4].
932 ff. § 27 [28], § 222 [14], § 365 [8] ff., [10] ff., § 366 [4] ff., [31] ff., § 367 [1] ff., § 369 [20, 68], § 383 [35].
935 § 336 [37].
935 Abs. 2 § 179 [8].
936 Abs. 3 § 363 [37], § 424 [9].
937 § 22 [6], § 366 [71] ff.
946 Exk. zu § 382 [71].
947 ff. § 366 [74], Exk. zu § 382 [71], § 383 [36], § 419 [1].
949 § 419 [7].
949 Abs. 2 Exk. zu § 374 [75].
951 § 366 [74].
952 § 366 [50].
952 Abs. 2 § 1 [41].
956 § 1 [38].
978 ff. § 465 [9].
985 § 366 [70, 74], § 368 [38].
985 ff. § 424 [6].
986 Abs. 2 § 369 [33], Exk. zu § 382 [64].
987 § 366 [71] ff.
987 ff. § 368 [95].
989 § 366 [74].
990 § 366 [74].
990 ff. § 366 [71] ff.
994 § 366 [74].
1006 § 366 [51, 87].
1006 Abs. 1 § 179 [8].
1007 § 369 [38].
1008 ff. § 366 [18].
1011 § 419 [8].
1015 § 350 [54].
1017 § 350 [41, 3].
1018 ff. § 49 [2].
1030 ff. § 49 [2].
1032 § 369 [32].
1035 Exk. zu § 382 [69].
1048 Exk. zu § 382 [69].
1065 § 369 [38].
1067 § 22 [17].
1074 § 22 [16].
1113 ff. § 49 [2].
1120 Exk. zu § 382 [71].
1127 ff. § 1 [63] a.
1153 Abs. 2 § 369 [16].
1154 § 1 [41], § 22 [27], § 350 [71, 25, 26].
1165 § 349 [33].

§§

1187 ff. § 185 [10], § 364 [4].
1190 § 22 [27].
1192 § 1 [41], § 350 [25].
1195 § 1 [41].
1204 § 424 [9].
1204 Abs. 2 § 368 [7].
1204 ff. § 368 [6] ff.
1205 § 223 [13], § 365 [11], § 368 [22, 11] a, [18, 96], Exk. zu § 382 [110], § 419 [8], Exk. zu § 424 E.
1205 Abs. 1 § 368 [24].
1205 Abs. 2 § 363 [37], § 368 [9], § 369 [32], § 424 [7].
1205 ff. § 366 [54] ff.
1206 § 368 [18], Exk. zu 424 E.
1207 § 363 [37], § 365 [11], § 368 [25] ff.
1207 ff. § 366 [54] ff., [60] ff., § 368 [25] ff., [26].
1208 § 368 [25] ff.
1209 § 368 [7, 11], § 443 [8].
1210 § 349 [11], § 356 [4], § 368 [82], § 369 [57]; (Abs. 2) § 440 [2].
1211 § 368 [38].
1213 § 22 [19], § 368 [37].
1218 § 347 [11].
1218 ff. § 373 [32].
1219 § 368 [35], § 377 [122].
1221 § 368 [74], § 371 [21].
1222 § 368 [36], § 369 [56] ff.
1223 § 349 [47], § 368 [38, 99], § 369 [64].
1224 § 368 [38].
1225 § 349 [41, 47].
1227 § 368 [38], § 369 [38].
1228 Abs. 2 § 368 [59] ff., § 369 [9].
1228 ff. § 368 [41] ff.
1230 S. 2 § 368 [59] ff.
1231 § 368 [41] ff.
1232 § 371 [3].
1233 § 366 [75], § 368 [41] ff.
1233 Abs. 2 § 371 [13].
1234 § 368 [45, 93, 74], § 371 [15] ff., [21], (Abs. 1) § 440 [12].
1234 ff. § 368 [34].
1235 § 368 [59] ff., [48], § 377 [122].
1236 § 368 [51].
1237 § 368 [53] ff., [59] ff., § 371 [15] ff., § 377 [122], § 440 [12].
1239 § 368 [56].
1240 § 368 [58].
1240 ff. § 368 [59] ff.
1241 § 440 [12].
1241 ff. § 371 [15] ff.
1242 ff. § 368 [53] ff.
1243 § 368 [51] ff.
1243 ff. § 368 [44] ff., § 371 [11].
1244 § 366 [75], § 368 [26].
1245 § 368 [58], § 371 [27] ff.
1245 ff. § 368 [48, 56].
1246 § 368 [58, 34].

§§

1247 § 349 [40], § 368 [71].
1249 § 369 [33].
1250 § 349 [41, 47], § 364 [4], § 368 [7], § 369 [7].
1250 Abs. 1 § 369 [16].
1252 § 368 [7], § 424 [9].
1252 § 356 [1], § 368 [9].
1256 § 349 [47].
1257 § 222 [11], § 226 [3, 9], § 366 [60] ff., § 368 [93], § 369 [33, 56] ff., § 424 [9], § 397 [7] ff., § 440 [3], § 443 [8].
1258 § 368 [36], § 419 [7].
1273 § 22 [19], § 349 [41, 47], § 368 [99].
1274 § 109 [17], § 222 [11], § 212 [16], § 350 [29], § 368 [18].
1274 Abs. 2 § 222 [3], § 368 [5], § 369 [16].
1275 § 223 [13].
1277 § 368 [75].
1280 § 350 [26], § 368 [1], § 223 [13].
1282 § 368 [75].
1287 § 368 [77, 91].
1287 ff. § 368 [73].
1289 § 368 [37].
1292 § 368 [26], § 369 [43], § 223 [13].
1292 ff. § 368 [18] ff., [86].
1293 § 368 [25] ff., § 424 [9], § 223 [13].
1293 ff. § 368 [72] ff.
1294 § 368 [37], § 371 [20].
1295 § 368 [26], § 371 [21].
1296 § 213 [15], § 368 [37].
1353 E [64].
1354 E [62].
1356 § 59 [9].
1358 E [73], § 59 [23].
1362 E [72], § 179 [8].
1367 E [46, 48].
1369 § 25 [2].
1370 E [46].
1373 E [79].
1375 E [48, 68], § 22 [19].
1375 ff. § 366 [26].
1376 E [68].
1379 E [48].
1381 Exk. zu § 58 [87].
1383 E [68], § 22 [19].
1388 E [57].
1395 E [45], § 366 [26].
1399 E [39], § 366 [26].
1400 E [55].
1402 E [66].
1404 § 366 [26].
1405 E [44, 45, 48, 75, 59, 56, 57], § 344 [7], § 366 [26].
1408 E [70].
1409 E [58].

Digitized by Google

§§	
1410	E [69].
1412	E [44].
1414	E [44, 48].
1418	E [65].
1426 ff.	E [58].
1434	§ 182 [13].
1435	E [59, 57].
1437 ff.	§ 39 [1].
1438	E [46].
1440	E [46].
1443	E [45, 54, 48, 72].
1449	E [44].
1452	E [44, 57, 59], § 39 [1].
1459	E [44, 57, 71].
1460	E [44, 57].
1462	E [44, 48].
1519	E [46, 57, 59].
1522	§ 1 [63] a.
1524	E [46].
1529	§ 1 [63] a.
1530	E [71, 57].
1532	E [44, 57].
1533	E [44].
1549	E [44, 46, 57, 59, 71].
1554	E [46].
1567	E [64].
1577	§ 18 [4], § 21 [2].
1597	§ 37 [14].
1617	§ 59 [9].
1626 ff.	§ 1 [21].
1631	§ 76 [8].
1643	§ 1 [21], § 48 [4], § 59 [35], § 182 [9], § 335 [26].
1643 Abs. 1	§ 76 [13].
1645	§ 1 [21].
1646	Erk. zu § 58 [37].
1649 ff.	§ 22 [19].

§§	
1651	§ 1 [21].
1655	§ 1 [21], § 22 [19].
1666	§ 76 [8].
1686	§ 335 [26].
1706	§ 18 [4].
1714	Erk. zu § 350 [3].
1719	§ 18 [4].
1736	§ 18 [4].
1758	§ 18 [4].
1772	§ 21 [2].
1793	Erk. zu § 374 [154].
1797	§ 38 [3].
1800	§ 76 [8].
1804	§ 312 [12].
1820 ff.	§ 1 [21]
1822 (Nr. 10)	§ 349 [3]; (Nr. 12) Erk. zu § 350 [3].
1822 (Nr. 11)	§ 48 [4]; (Nr. 6) § 76 [13]; (Nr. 3) § 145 [15]; (Nr. 3) § 161 [6], 182 [9]; (Nr. 3) § 335 [26].
1823	§ 1 [21], § 27 [22].
1827	§ 1 [21].
1827 Abs. 1	§ 76 [13].
1837	§ 76 [8], § 161 [6].
1897	§ 1 [21].
1915	Erk. zu § 374 [154].
1922	§ 27 [6], § 139 [25].
1942 ff.	§ 27 [20].
1943	§ 27 [12].
1958	§ 27 [15].
1959	§ 27 [15, 28], § 137 [1].
1960 ff.	§ 27 [19].
1961	Erk. zu § 374 [154].
1967	§ 27 [11], § 137 [2], § 139 [4].
1967 ff.	§ 177 [1].

§§	
1973	§ 27 [7].
1975	§ 27 [7], Erk. zu § 374 [159].
1984	§ 366 [83].
1994	§ 27 [6].
2003 ff.	§ 27 [6].
2013	§ 27 [8].
2014	§ 27 [15].
2014 ff.	Erk. zu § 374 [153].
2017	Erk. zu § 374 [154].
2032	§ 27 [30].
2032 ff.	§ 27 [25] ff., § 139 [7].
2038	§ 27 [27], § 137 [2], § 146 [1], § 146 [7].
2040	§ 139 [7].
2048	§ 139 [7].
2058 ff.	§ 137 [2].
2060	§ 139 [4].
2100	§ 139 [4].
2101	§ 210 [4].
2112	§ 22 [6], § 139 [4].
2113	§ 366 [78] ff.
2129	§ 366 [78] ff.
2142	§ 139 [4].
2165	§ 27 [32].
2174	§ 22 [7].
2211	§ 366 [78] ff.
2228	§ 37 [14].
2276	§ 182 [13].
2301	§ 350 [71].
2303	§ 139 [4].
2304	§ 139 [4].
2305	§ 139 [4].
2348	§ 350 [35].
2371	§ 22 [20], § 350 [33].
2383	Erk. zu § 374 [159].

4. Handelsgesetzbuch (alte Fassung).

Art.	
4	E [77].
7	E [76] ff.
8	E [76] ff.
10	§ 4 [9].
34 ff.	Erk. zu § 47 E.
50	§ 56 [3].
51	Erk. zu § 58 [25].
52	Erk. zu § 58 [1].
69	§ 93 [7].
82	§ 92 [2].
92	§ 111 [6] ff.

Art.	
94	§ 114 [12, 15].
95	§ 111 [14].
98	§ 109 [11], § 110 [6].
271 ff.	E [77], § 1 [31, 35, 39], § 2 [1] ff.
273 Abs. 3	§ 343 [6].
338	Erk. vor § 373 [13].
341	Erk. zu § 382 [24] ff.
344	Erk. zu § 382 [30].
353	Erk. vor § 373 [72].
360	§ 383 [1].

Art.	
362	§ 408 [16].
363	386.
380	408 [7].
387	408 [16].
390	426 [1].
391	425 [9].
395	429 [4], § 430 [2].
397	429 [4].
408	388.
411	443 [3].
422	§ 473 [1].

5. Einführungsgesetz zum Gesetz betr. Änderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898.

Art. 5 § 342 [14].

§§	
1	...erdnung.
2	[12], Erk. zu
3	
9	[1]. zu § 363 [13].
	[1]. zu § 382 [67].

§§	
17	§ 218 [15], § 348 [36], § 349 [40], § 292 [11], Erk. zu § 363 [13], Erk. vor § 373 [53], Erk. zu § 382 [76] ff., [99] ff., § 383 [25].
17 ff.	§ 341 [2].

Digitized by Google

§§
18 Exk. zu § 382 [96].
18 Abs. 2 E. § 374 [144].
19 § 348 [36].
21 Abs. 2 § 363 [18].
22 § 70 [28], § 71 [6], § 92 [12], § 231 [34], § 348 [36].
23 Exk. zu § 58 [73], § 70 [28], § 363 [18], § 383 [25].
23 Abs. 2 § 92 [12].
26 § 348 [36], Exk. zu § 382 [77, 91, 93], § 383 [25].
26 Abs. 2 Exk. zu § 382 [114].
27 § 92 [12].
28 §§ 137 [3], § 339 [6].
36 §§ 342 [6] ff.
37 § 352 [11].
37 ff. § 342 [7] ff.
41 § 342 [6] ff.
41 Abs. 2 § 368 [106].
43 § 218 [15], § 363 [38], Exk. zu § 382 [90, 100], § 392 [5].
43 ff. § 341 [5].
44 § 369 [37], § 366 [40] ff., Exk. zu § 382 [83, 98], § 397 [11], § 410 [15], § 433 [4, 6].
46 §§ 218 [15], § 392 [5], Exk. zu § 424 [6].
48 §§ 368 [81].
49 Nr. 4 § 369 [58].
49 Z. 1 § 366 [60], § 368 [79].
51 § 341 [3].
54 Abs. 1 § 349 [44].
55 Nr. 1 § 397 [12].
55 Abs. 1 § 349 [44].
55 Z. 2 Exk. zu § 350 [8].
59 § 70 [28], § 348 [36].
59 Nr. 2 Exk. zu § 382 [93].
60 Exk. zu § 382 [93].
61 § 59 [48], § 231 [34], § 356 [4].
61 Abs. 1 § 70 [21, 28], § 245 [18].
63 Z. 4 Exk. zu § 350 [9].
64 § 349 [19, 45], § 368 [108, 86].
68 § 349 [19, 45], Exk. zu § 350 [10].
69 Exk. zu § 382 [77].
81 ff. § 368 [82].
86 § 131 [12].
100 ff. § 292 [13].
102 § 240 [9], § 202 [17].
104 §§ 293 [7].
106 §§ 366 [76].
109 §§ 307 [10], § 292 [13].
112 §§ 143.
116 §§ 307 [10].
123 ff. § 292 [13].
127 § 369 [58], § 368 [83].
133 ff. § 368 [82].
135 § 131 [12], § 292 [13].
136 Exk. zu § 350 [3].
144 § 292 [12].
145 Abs. 2 § 349 [44].
146 Abs. 1, 5 Exk. zu § 382 [83].
146 Abs. 2 § 124 [25].
153 § 307 [11], § 368 [108, 86].
163 § 307 [11].
164 Abs. 2 § 124 [25].
168 Exk. zu § 350 [8].
173 § 292 [12].
180 § 131 [12].
189 § 292 [13].
193 §§ 349 [18, 44], § 356 [1], § 368 [33].
198 § 32 [1].
202 § 307 [12, 13].
204 § 307 [11].
207 § 292 [7].
207 Abs. 2 § 158 [1].
208 § 240 [14] ff., § 241 [16], § 315 [3, 5].
209 § 131 [11], § 158 [1], § 330 [8].
210 ff. § 149 [27].
211 § 128 [28], Exk. zu § 177 [1], § 320 [56].
212 § 128 [5].
213 Exk. zu § 346 [36].
223 § 369 [58].
239 ff. § 44 [3], § 38 E, § 131 [12].
239 Nr. 3 § 4 [25].
240 Nr. 3 § 4 [25], § 39 [1].
240 Nr. 4 § 154 [6].
240 § 315 [3, 5].
243 § 317 [7].
244 § 154 [6].
292 § 307 [13].

7. Reichsgesetz betr. private Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901.

§§
1 ff. § 1 [61] ff.
5 § 33 [14].
18 § 20 [3] a.
30 § 33 [7].
32 § 33 [16].
40 ff. § 34 [2].
65 Abs. 3 § 252 [36], § 253 [1].
67 (Abs. 3) § 14 [1], Exk. zu § 346 [45].
69 Exk. zu § 350 [1].
73 Exk. zu §§ 350 [1].
73 ff. Exk. zu § 346 [45].
85 § 33 [4].
85 ff. § 84 [32].
87 ff. § 84 [15].
89 § 13 [19].
101 § 29 [11].
108 § 84 [32].
115 § 13 [5], § 13 [18], § 84 [15], § 84 [32], Exk. zu § 85 [2].

8. Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.

§§
1 § 37 [26].
2 §§ 13 [3].
8 §§ 4 [23], § 37 [19, 26].
9 § 59 [38] ff.

9. Warenzeichengesetz von 1894.

§ 4 [23].
§§
12 § 37 [26].
13 § 37 [26].
14 § 37 [19, 20, 26], 30 [1].
15 §§ 17 [6].
19 §§ 37 [26].
23 § 13 [3].

10. Wuchergesetz v. 24. Mai 1880/19. Juli 1893.

Exk. zu § 346 [15].
Art. 4 § 55 [28], Exk. zu § 357 [2].

11. Patentgesetz.

§§
1 Exk. vor § 373 [7].
4 Exk. vor § 373 [5].
6 Exk. vor § 373 [9].
7 Exk. vor § 373 [5].
10 Exk. vor § 373 [7].
11 Nr. 1 Exk. vor § 373 [11].
19 Exk. vor § 373 [6].

12. Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894.

Exk. zu § 382 [72].
§§
4 § 348 [29].
8 § 1 [1], § 4 [28], § 348 [29].

13. Grundbuchordnung.

§§
11 § 37 [14].
29 § 350 [54].
29 ff. § 54 [15].
30 § 48 [6].
33 §§ 9 [3], § 17 [7].
35 § 9 [3], § 125 [28].

Digitized by Google

14. Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H.

§§
4 § 22 [7].
13 §§ 6 [1], § 17 [24].
15 § 222 [6].
41 § 38 [3].
41 Abs. 4 § 1 [64].
44 § 38 [3].
47 Nr. 7 § 48 [4].
62 Exk. zu § 346 [45].
71 § 38 [3].

15. Reichsstrafgesetzbuch.

§§
2 § 314 [13].
34 Exk. vor § 373 [55].
43 ff. § 312 [2].
47 ff. § 312 [2].
185 § 210 [5].
185 ff. Exk. zu § 346 [39].
187 § 124 [3].
191 Exk. zu § 349 [26].
193 Exk. zu § 349 [27].
246 ff. § 105 [37].
259 § 202 [21].
263 § 347 [2], § 384 [18].
266 § 72 [2].
286 Exk. vor § 373 [55].
288 Exk. zu § 346 [12].
302 a Exk. zu § 346 [22].
302 e Exk. zu § 346 [15].
321 Exk. vor § 373 [55].

Art. 16. Wechselordnung.

11 ff. § 222 [8], § 365 [1] ff.
14 § 363 [31], § 395 [3].
15 § 395 [3].
17 § 395 [3].
36 § 222 [13] ff., § 365 [7, 8, 11].
38 § 364 [18].
39 § 364 [18].
50 § 352 [12].
51 § 352 [12].
74 § 222 [13] ff., § 365 [9, 11], § 366 [57].
75 § 222 [14].
81 § 352 [19].
82 § 364 [5] ff., Exk. zu § 376 [1] ff., [73], § 395 [4] ff.

17. Börsengesetz v. 22. Juni 1896.

§§ Exk. zu § 376.
28 Exk. zu § 376 [28].
29 ff. § 93 [5] ff.
33 § 100 [3], § 101 [2].
36 Exk. zu § 376 [28].
43 ff. § 203 [12] ff.
48 Exk. zu § 376 E, [2] ff., [4] ff., [32] ff.
50—52 Exk. zu § 376 [40] ff.
55 § 17 [11].
66 § 48 [1], § 355 [30]; (Abs. 4) Exk. zu § 348 [7].
66 ff. Exk. zu § 376 E, [3], [4] ff., [32] ff.
67 Exk. zu § 376 [36].
68 Abs. 1 Exk. zu § 376 [30] ff.
69 Exk. zu § 376 [33] ff.
75 § 312 [1], Exk. zu § 318 [1] ff.
78 Exk. zu § 376 [38].
79 § 232 [46].
79 Nr. 2 § 401 [9].

18. Bankgesetz v. 14. März 1875.

§§
2 § 361 [5].
66 § 1 [69], § 33 E.

19. Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899.

§§
5 Abs. 3 § 6 [3].
25 § 40 [7].
26 § 40 [7].
47 § 289 [5].

20. Reichsgesetz vom 5. Juli 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere (Depotgesetz). Exk. zu § 424, § 1 [1], [68], § 38 [3].

§§
1 Exk. zu § 424 [7] ff.
2 § 368 [87], § 252 [3], Exk. zu § 424 [4], § 397 [2].
3 § 383 [29], § 384 [46] ff.
3 Abs. 1 § 384 [44].
4 § 384 [46].
5 § 384 [46] ff.
7 Exk. zu § 382 [99], § 383 [27] ff.
8 § 397 [2], § 400 [18], [32].
8 Abs. 1 § 369 [91].
8 Abs. 2 § 366 [86], § 369 [10].
8 ff. § 1 [1].
9 § 44 [3].
10 Exk. zu § 424 [7] ff.
13 § 4 [25].

21. Verlagsrecht, Gesetz vom 19. Juni 1901.

§ 1 [78] ff.

22. Totalisatorgesetz vom 5. Juli 1905.

Exk. zu § 376 [65].

23. Reichsgesetz betr. Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§§
6 § 196 [5].
6 ff. § 259 [4].
8 § 17 [22].
11 §§ 254 [16], § 266 [15].
12 §§ 254 [20], § 266 [15], § 296 [4].
18 §§ 14 [13] ff.
19 §§ 266 [15].
20 §§ 14 [4], § 198 [4], § 277 [1], § 295 [12], § 266 [15].
20 ff. §§ 14 [4] ff., [9] ff.
28 §§ 254 [20], § 266 [15].
29 §§ 14 [13] ff.
34 §§ 9 [2], Exk. zu § 9 [1], § 257 [3].
99 § 166 [7].
125 ff. § 8 [2] ff.
126 § 14 [15].
126 ff. § 2 [18], § 309 [16].
127 § 148 [1], § 273 [22].
128 § 11 [3], § 12.
129 Exk. zu § 8 [7].
131 § 13 [9], § 26 [5], § 201 [12, 17].
132 ff. § 2 [18], § 14 [3] ff., § 319 [2].
133 § 14 [2].
140 ff. § 19 [3], § 37 [8].
141 § 31 [5].
141 ff. § 14 [1].
142 § 5 [5], § 13 [8], § 31 [3], § 37 [22], § 50 [2], § 180 [6].
142 ff. Exk. zu § 8 [5], § 309 [16], § 277 [7], § 284 [7], § 273 [26].
144 § 198 [4], § 310 [3], § 311 [1].
145 § 302 [7].
145 ff. Exk. zu § 8 [4], § 146 [9], § 147 [2] ff., § 166 [7], § 194 [2], § 302 [18], § 295 [6], § 254 [16, 26].
146 §§ 302 [12], § 266 [15], § 254 [20].
162 § 9 [8].
164 Exk. zu § 379 [2], § 438 [14].
166 § 368 [49].
167 § 12.
167 ff. § 350 [54].
168 § 17 [12].
168 ff. § 259 [2].
176 ff. § 17 [12].
182 § 350 [54].
199 §§ 266 [15].
200 §§ 255 [5].

Digitized by Google

§§
18 Exk. zu § 382 [96].
18 Abs. 2 E. § 374 [144].
19 § 348 [36].
21 Abs. 2 § 363 [18].
22 § 70 [28], § 71 [6], § 92 [12], § 231 [34], § 348 [36].
23 Exk. zu § 58 [73], § 70 [28], § 363 [18], § 383 [25].
23 Abs. 2 § 92 [12].
26 § 348 [36], Exk. zu § 382 [77, 91, 93], § 383 [25].
26 Abs. 2 Exk. zu § 382 [114].
27 § 92 [12].
28 § 137 [3], § 339 [6].
36 § 342 [6]ff.
37 § 352 [11].
37ff. § 342 [7]ff.
41 § 342 [6]ff.
41 Abs. 2 § 368 [108].
43 § 218 [15], § 363 [38], Exk. zu § 382 [90, 100], § 392 [5].
43ff. § 341 [5].
44 § 369 [37], § 366 [40]ff., Exk. zu § 382 [93, 98], § 397 [14], § 410 [15], § 433 [3, 6].
46 § 218 [15], § 392 [5], Exk. zu § 424 [6].
48 § 368 [81].
49 Nr. 4 § 369 [58].
49 Z. 1 § 366 [60], § 368 [79].
51 § 341 [3].
54 Abs. 1 § 349 [44].

§§
55 Nr. 1 § 397 [12].
55 Abs. 1 § 349 [44].
55 Z. 2 Exk. zu § 350 [8].
59 § 70 [28], § 348 [36].
59 Nr. 2 Exk. zu § 382 [93].
60 Exk. zu § 382 [93].
61 § 59 [48], § 231 [34], § 356 [4].
61 Abs. 1 § 70 [21, 28], § 245 [18].
63 Z. 4 Exk. zu § 350 [9].
64 § 349 [19, 45], § 368 [108, 86].
68 § 349 [19, 45], Exk. zu § 350 [10].
69 Exk. zu § 382 [77].
81ff. § 368 [82].
86 § 131 [12].
100ff. § 292 [12].
102 § 240 [9], § 202 [17].
104 § 293 [7].
106 § 366 [76].
109 § 307 [10], § 292 [12].
112 § 143.
116 § 307 [10].
123ff. § 292 [19].
127 § 369 [58], § 368 [83].
133ff. § 368 [82].
135 § 131 [12], § 292 [12].
136 Exk. zu § 350 [3].
144 § 292 [12].
145 Abs. 2 § 349 [44].
146 Abs. 1, 5 Exk. zu § 382 [93].
146 Abs. 2 § 124 [25].
153 § 307 [11], § 368 [108, 86].

§§
163 § 307 [11].
164 Abs. 2 § 124 [25].
168 Exk. zu § 350 [8].
173 § 292 [12].
180 § 131 [12].
189 292 [12].
193 § 349 [18, 44], § 356 [1], § 368 [33].
198 § 32 [1].
202 § 307 [12, 13].
204 § 307 [11].
207 § 292 [7].
207 Abs. 2 § 158 [1].
208 § 240 [14]ff., § 241 [16], § 315 [3, 5].
209 § 131 [11], § 158 [1], § 330 [2].
210ff. § 149 [27].
211 § 128 [28], Exk. zu § 177 [1], § 320 [56].
212 § 128 [5].
213 Exk. zu § 346 [36].
223 § 369 [58].
239ff. § 44 [3], § 38 E, § 131 [12].
239 Nr. 3 § 4 [25].
240 Nr. 3 § 4 [25], § 39 [1].
240 Nr. 4 § 154 [6].
240 § 315 [3, 5].
243 § 317 [7].
244 § 154 [6].
292 § 307 [13].

7. Reichsgesetz betr. private Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901.

§§
1ff. § 1 [61]ff.
5 § 33 [14].
18 § 20 [3]a.
30 § 33 [7].
32 § 33 [16].
40ff. § 34 [2].
65 Abs. 3 § 252 [36], § 253 [1].

§§
67 (Abs. 3) § 14 [1], Exk. zu § 346 [45].
69 Exk. zu § 350 [1].
73 Exk. zu § 350 [1].
73ff. Exk. zu § 346 [45].
85 § 33 [4].
85ff. § 84 [32].

§§
87ff. § 84 [15].
89 § 13 [19].
101 § 29 [11].
108 § 84 [32].
115 § 13 [5], § 13 [18], § 84 [15], § 84 [32], Exk. zu § 85 [2].

8. Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.

§§
1 § 37 [26].
2 § 13 [3].
8 § 4 [23], § 37 [19, 26].
9 § 59 [38]ff.

9. Warenzeichengesetz von 1894.

§ 4 [23].

§§
12 § 37 [26].
13 § 37 [26].
14 § 37 [19, 20, 26], 30 [1].
15 § 17 [6].
19 § 37 [26].
23 § 13 [3].

10. Wuchergesetz v. 24. Mai 1880/19. Juli 1893.

Exk. zu § 346 [15].

Art. 4 § 55 [23], Exk. zu § 357 [2].

11. Patentgesetz.

§§
1 Exk. vor § 373 [7].
4 Exk. vor § 373 [5].
6 Exk. vor § 373 [9].
7 Exk. vor § 373 [5].
10 Exk. vor § 373 [7].
11 Nr. 1 Exk. vor § 373 [11].
19 Exk. vor § 373 [6].

12. Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894.

Exk. zu § 382 [72].

§§
4 § 348 [29].
8 § 1 [1], § 4 [26], § 348 [29].

13. Grundbuchordnung.

§§
11 § 37 [14].
29 § 350 [54].
29ff. § 54 [15].
30 § 48 [6].
33 § 9 [3], § 17 [7].
35 § 9 [3], § 125 [28].

Digitized by Google

14. Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H.

§§
4 § 22 [7].
13 §§ 6 [1], § 17 [24].
15 § 222 [6].
41 § 38 [3].
41 Abs. 4 § 1 [64].
44 § 38 [3].
47 Nr. 7 § 48 [4].
62 Exk. zu § 346 [45].
71 § 38 [3].

15. Reichsstrafgesetzbuch.

§§
2 § 314 [13].
34 Exk. vor § 373 [55].
43 ff. § 312 [2].
47 ff. § 312 [2].
185 § 210 [5].
185 ff. Exk. zu § 346 [39].
187 § 124 [3].
191 Exk. zu § 349 [26].
193 Exk. zu § 349 [27].
246 ff. § 105 [37].
259 § 202 [21].
263 § 347 [2], § 384 [18].
266 § 72 [2].
286 Exk. vor § 373 [55].

§§
288 Exk. zu § 346 [12].
302a Exk. zu § 346 [22].
302e Exk. zu § 346 [15].
321 Exk. vor § 373 [55].

Art. 16. Wechselordnung.

11 ff. § 222 [6], § 365 [1] ff.
14 § 363 [81], § 395 [3].
15 § 395 [3].
17 § 395 [3].
36 § 222 [13] ff., § 365 [7, 8, 11].
38 § 364 [18].
39 § 364 [18].
50 § 352 [12].
51 § 352 [12].
74 § 222 [13] ff., § 365 [9, 11], § 366 [57].
75 § 222 [14].
81 § 352 [12].
82 § 364 [5] ff., Exk. zu § 376 [1] ff., [73], § 395 [4] ff.

17. Börsengesetz v. 22. Juni 1896.

§§ Exk. zu § 376.
28 Exk. zu § 376 [28].
29 ff. § 93 [5] ff.
33 § 100 [6], § 101 [2].
36 Exk. zu § 376 [28].

§§
43 ff. § 203 [12] ff.
48 Exk. zu § 376 E, [2] ff., [4] ff., [32] ff.
50—52 Exk. zu § 376 [40] ff.
55 § 17 [11].
66 § 48 [1], § 355 [30]; (Abs. 4) Exk. zu § 348 [7].
66 ff. Exk. zu § 376 E, [2], [4] ff., [32] ff.
67 Exk. zu § 376 [36].
68 Abs. 1 Exk. zu § 376 [30] ff.
69 Exk. zu § 376 [33] ff.
75 § 312 [1], Exk. zu § 318 [1] ff.
78 Exk. zu § 376 [38].
79 § 232 [46].
79 Nr. 2 § 401 [2].

18. Bankgesetz v. 14. März 1875.

§§
2 § 361 [5].
66 § 1 [69], § 33 E.

19. Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899.

§§
5 Abs. 3 § 6 [3].
25 § 40 [7].
26 § 40 [7].
47 § 289 [5].

20. Reichsgesetz vom 5. Juli 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere (Bankdepotgesetz). Exk. zu § 424, § 1 [1], [68], § 38 [8].

§§
1 Exk. zu § 424 [7] ff.
2 § 368 [57], § 252 [3], Exk. zu § 424 [4], § 397 [2].
3 § 383 [29], § 384 [46] ff.
3 Abs. 1 § 384 [44].
4 § 384 [46].

§§
5 § 384 [46] ff.
7 Exk. zu § 382 [99], § 383 [27] ff.
8 § 397 [2], § 400 [18], [32].
8 Abs. 1 § 369 [21].

§§
8 Abs. 2 § 366 [86], § 369 [10].
8 ff. § 1 [1].
9 § 44 [3].
10 Exk. zu § 424 [7] ff.
13 § 4 [28].

21. Verlagsrecht, Gesetz vom 19. Juni 1901.
§ 1 [78] ff.

22. Totalisatorgesetz vom 5. Juli 1905.
Exk. zu § 376 [65].

23. Reichsgesetz betr. Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§§
6 § 196 [5].
6 ff. § 259 [4].
8 § 17 [22].
11 § 254 [16], § 266 [15].
12 § 254 [20], § 266 [15], § 296 [4].
18 § 14 [13] ff.
19 § 266 [15].
20 § 14 [4], § 198 [1], § 277 [1], § 295 [12], § 266 [15].
20 ff. § 14 [4] ff., [9] ff.
28 § 254 [20], § 266 [15].
29 § 14 [13] ff.
34 § 9 [2], Exk. zu § 9 [1], § 257 [3].
99 § 166 [7].
125 ff. § 8 [2] ff.
126 § 14 [15].

§§
126 ff. § 2 [18], § 309 [16].
127 § 148 [1], § 273 [22].
128 § 11 [3], § 12.
129 Exk. zu § 8 [7].
131 § 13 [9], § 26 [5], § 201 [12], [17].
132 ff. § 2 [18], § 14 [3] ff., § 319 [2].
133 § 14 [2].
140 ff. § 19 [3], § 37 [8].
141 § 31 [5].
141 ff. § 14 [1].
142 § 5 [5], § 13 [8], § 31 [3], § 37 [22], § 50 [2], § 180 [6].
142 ff. Exk. zu § 8 [5], § 309 [16], § 277 [7], § 284 [7], § 273 [26].
144 § 198 [4], § 310 [3], § 311 [1].

§§
145 § 302 [7].
145 ff. Exk. zu § 8 [4], § 146 [9], § 147 [2] ff., § 166 [7], § 194 [2], § 302 [18], § 295 [6], § 254 [16, 26].
146 § 302 [12], § 266 [15], § 254 [20].
162 § 9 [3].
164 Exk. zu § 379 [2], § 438 [14].
166 § 368 [49].
167 § 12.
167 ff. § 350 [54].
168 § 17 [12].
168 ff. § 259 [2].
176 ff. § 17 [12].
182 § 350 [54].
199 § 266 [15].
200 § 255 [5].

Digitized by Google

24. Gerichtsverfassungsgesetz.

§§
9 Abs. 1 § 14 [11].
18 Exk. zu § 372 [12].
27 Z. 1 § 312 [3].
27 Z. 2 § 312 [3].
70 § 36 [10].
73 Z. 1 § 313 [3].
101 § 1 [61], § 5 [4].
101 Nr. 3a § 272 [6].
102 § 272 [6].
113 § 4 [36].
118 § 346 [12].
186 § 17 [22].
199 § 14 [13].

25. Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

§ 13 Exk. zu § 47 E.

26. Zivilprozeßordnung.

§§
3 Exk. vor § 373 [74].
4 § 377 [71].
17 § 106 [4], § 124 [17], § 182 [17], § 210 [18], § 294 [3].
21 § 5 [4], § 13 [3], § 13 [16], § 13 [18].
22 § 124 [17], § 219 [8], § 241 [32], § 294 [3], § 335 [11].
22 ff. § 140 [1].
23 § 38 [9], Exk. zu § 372 [12].
29 § 241 [32], Exk. zu § 372 [23], Exk. v. § 373 [74], § 377 [75, 84, 89, 106, 168], § 430 [15].
31 § 88 [18].
32 § 241 [32].
33 Exk. zu § 372 [12].
41 ff. § 210 [8].
51 § 231 [4].
52 E [50], § 1 [21].
56 § 124 [9].
57 § 128 [25], § 126 [14], § 232 [49], § 272 [5].
57 Abs. 1 § 210 [10].
59 ff. § 140 [1].
62 § 124 [16], § 272 [9].
81 Exk. zu § 374 [112].
85 § 126 [5].
91 Exk. zu § 379 [6].
93 § 133 [5], § 353 [11], § 371 [8], § 368 [98].
104 Exk. zu § 379 [6].
108 § 272 [10].
113 § 272 [10].
124 § 105 [45].
130 Z. 1 § 272 [3].
138 § 133 [10].
139 § 377 [124].
147 § 272 [9].
155 § 376 [25].
171 § 126 [7].
171 Abs. 3 § 48 [10, 15], § 124 [10], § 231 [4], § 272 [14], Exk. zu § 374 [79].
185 § 149 [24], § 231 [4], § 232 [49].
231 Abs. 2 § 272 [10].
236 Abs. 2 § 124 [20].
239 ff. § 306 [13].
241 § 210 [11].
246 § 124 [18], § 124 [11].
253 Abs. 4 § 272 [3].
254 § 91 [5], Exk. zu § 141 [29], § 340 [14], § 384 [32].
255 Exk. vor § 373 [68], Exk. zu § 374 [34, 80, 98, 149, 152], § 375 [7].
256 § 204 [8].
257 ff. § 70 [12].
264 § 17 [34], § 133 [6].
265 § 17 [40], § 17 [41].
268 § 368 [105], § 377 [70].
268 Nr. 3 Exk. zu § 374 [108].
274 Nr. 1 Exk. zu § 376 [28].
275 § 377 [138].
280 § 70 [21].
286 Exk. zu § 47 E, § 102, § 346 [12], § 388 [4], § 384 [20].
287 § 347 [24, 27], § 373 [38], § 377 [87, 172], Exk. zu § 374 [61, 139, 144, 29, 33, 90].
288 § 350 [2].
292 § 344 [4], § 344 [3, 12], § 459 [16], § 460 [3].
293 Exk. zu § 372 [11].
295 Exk. zu § 376 [28].
304 § 384 [32].
313 § 17 [29].
322 § 377 [59, 62, 164].
328 § 377 [140].
355 § 46 [4].
383 Nr. 5 Exk. zu § 349 [36].
384 Nr. 3 Exk. zu § 346 [44].
384 Nr. 5 Exk. zu § 346 [44].
385 Abs. 2 Exk. zu § 349 [36].
415 § 12 [6].
415 ff. Exk. vor § 373 [80].
416 § 94 [1], § 350 [69], § 426 [3].
419 Exk. zu § 47 [3].
422 § 45 [1].
427 § 45 [6].
429 ff. § 102.
434 § 46 [4].
439 ff. § 350 [69].
471 ff. § 126 [6].
473 § 149 [21], § 231 [4].
474 § 231 [4].
475 § 368 [105].
476 § 149 [21].
478 § 49 [4].
485 § 377 [139], Exk. zu § 379 [4].
487 Exk. zu § 379 [5].
488 § 377 [139], Exk. zu § 379 [1 ff.], § 437 [6].
491 Exk. zu § 379 [8].
510 § 350 [2].
546 § 73 [7].
547 Nr. 2 § 272 [5].
561 § 346 [12].
580 § 349 [18].
582 § 38 [7].
592 Exk. zu § 376 [47].
597 Exk. zu § 376 [47].
606 E [64].
707 § 377 [66].
717 § 16 [6].
719 § 347 [66].
726 Exk. vor § 373 [80].
727 § 17 [40], § 17 [42], § 28 [5], § 306 [13].
727 ff. § 17 [45 ff.].
729 § 28 [5], § 25 [30], § 303 [1].
731 § 17 [42], [40].
732 § 377 [66].
735 Exk. zu § 346 [30].
736 § 124 [22].
739 E [52, 53].
740 E [52, 54].
740 ff. E [72].
741 E [51].
756 Exk. vor § 373 [80].
765 Exk. vor § 373 [80].
766 E [53], § 124 [24], § 369 [7], § 368 [83], § 377 [66], § 397 [1].
767 § 129 [6 ff.], § 171 [16], Exk. zu § 374 [149, 152].
769 § 377 [66].
771 E [53], § 124 [15, 24], § 306 [1], § 369 [59], § 366 [14], § 368 [5], § 392 [5], § 397 [7].
774 E [55].
777 § 349 [19], § 368 [36, 40].
780 Exk. zu § 374 [159].
794 § 16 [2].
794 Nr. 1 § 350 [2].
794 Abs. 2 E [58].
804 § 368 [79], Exk. zu § 382 [1].
805 § 369 [59], § 397 [7].
806 § 373 [38], § 377 [122].
808 E [72], § 223 [14], § 371 [4].
809 § 369 [59].
811 [11] § 38 [9].

Digitized by Google

§§	§§	§§
816 § 368 [83].	857 § 109 [17], § 135 [4], § 200 [17], § 222 [3, 11], § 419 [3].	896 § 37 [22].
816 Abs. 2 § 368 [51].	857 Abs. 1 Exk. zu § 424 E.	897 § 366 [2].
818 § 368 [52].	859 § 109 [17].	899 § 377 [60].
820 § 377 [122].	861 E [70].	929 § 127 [7].
821 § 371 [4].	883 ff. Exk. vor § 373 [83], § 377 [98].	935 § 368 [46].
821 ff. § 223 [14].	887 § 76 [7], § 92 [2].	935 ff. § 140 [7].
825 § 366 [49], § 377 [122].	887 ff. § 70 [15], § 350 [2], Exk. vor § 373 [82], § 375 [5].	938 § 117 [6], § 127 [7], § 340 [12], § 373 [22].
827 § 419 [3].	888 E [64], § 128 [16], § 73 [7], § 76 [7], § 260 [3], Exk. zu §§ 382 [16].	940 § 368 [46].
829 § 135 [3, 4].	890 §§ 61 [5].	946 ff. § 228 [1] ff.
829 Abs. 3 § 357 [3].	893 §§ 91 [6], Exk. vor § 373 [93], §§ 377 [98].	1003 ff. § 228 [1] ff., § 365 [13], § 381 [3].
829 ff. Exk. zu § 365 [10].	894 §§ 16 [2], § 37 [22], § 295 [9], § 350 [2], § 366 [2].	1008 § 381 [8].
831 § 371 [4], § 447 [5].	894 ff. § 350 [27].	1016 § 381 [8].
836 Abs. 3 § 447 [5].		1018 §§ 365 [13].
844 § 368 [83], § 435 [1].		1019 §§ 381 [8].
846 § 135 [4], § 447 [5].		1020 § 381 [8].
847 § 419 [3].		1025 ff. Exk. zu § 346 [36].
850 § 59 [47].		1026 § 355 [24].
851 § 109 [17], § 212 [16], § 200 [17], § 222 [3, 11], § 355 [17].		

27. Reichsgewerbeordnung.

§§	§§
1 Exk. zu § 346 [10].	75a Exk. vor § 93 [44].
6 § 59 [22].	105a ff. § 59 [28].
6 Abs. 1 § 1 [9].	113 ff. § 73 [1] ff.
8 Nr. 2 Exk. zu § 346 [10].	120 § 22 [29], § 76 [18].
8 Nr. 10 Exk. zu § 346 [10].	120a § 62 [5].
12 § 6 [3].	123 Exk. zu § 346 [28].
15a Exk. zu § 37 [1] ff.	126b § 76 [4].
16 § 7 [2].	127a § 76 [9].
29 §§ 7 [2], § 1 [9].	127b § 77 [1].
31 §§ 7 [2].	127e § 78 E, [1] ff.
32 §§ 2 [3].	127f § 79 [1].
33 §§ 7 [2].	128 § 81 [2].
34 Exk. vor § 93 [44].	139 Exk. vor § 93 [44].
35 Exk. vor § 93 [44].	139c ff. § 59 [28].
38 Exk. vor § 93 [44].	139g ff. § 62 E.
43 ff. § 7 [2].	139i § 76 [18].
44 § 84 [32].	139l § 81 [2].
44a § 84 [32].	147 ff. Exk. vor § 93 [44].
53 Exk. vor § 93 [44].	154 § 59 [20, 28].
55 ff. § 7 [2].	1009 Exk. zu § 346 [29].

28. Gewerbegerichtsgesetz.

§ 26 ff. Exk. zu § 59 [5]b.

29. Gesetz betr. Kaufmannsgerichte vom 6. Juli 1904.

§ 59 [5] ff.

§ 1 § 1 [1].
§ 5 Nr. 6 § 74 [1].

30. Lohnbeschlagnahmegesetz vom 21. Juni 1869. § 59 [47].

§ 2 § 59 [47].

31. Konsulargerichtsbarkeitsgesetz vom 7. April 1900.

§ 7 Nr. 2 § 8 [4].

32. Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899. § 453 [1] ff.

§§	§§	§§
1 I Nr. 1 § 454 [2].	45 § 426 [18], § 453 [5].	65 Abs. 4 § 455 [4].
6 § 472 [6].	50 § 453 [12].	68 § 458 [3].
7 §§ 453 [14], § 470 [4], § 461 [2].	50 B. 2 § 429 [20], § 456 [17].	70 §§ 437 [4].
9 §§ 472 [11].	51 Nr. 1m. § 426 [14].	73 Abs. 2 § 455 [4].
14 §§ 472 [16].	53 Abs. 7—12 § 470 [4].	74 § 432 [10], § 469 [5, 10].
21 §§ 472 [16].	53 Abs. 7 ff. § 426 [16].	75 §§ 456 [1], § 472 [11].
26 §§ 472 [18].	54 § 426 [3].	76 §§ 468 [2].
30 §§ 453 [5].	54 Abs. 5 § 455 [4].	78 §§ 460 [5].
32 §§ 453 [5].	54 Nr. 1 § 453 [8].	79 §§ 429 [5], § 456 [3].
33 Ziff. 1 § 426 [18].	55 § 453 [13].	81 §§ 461 [2], § 462 [1].
34 § 465 [1] ff.	57 Abs. 4 § 455 [2].	81 ff. § 461 [7].
34 Abs. 6 § 472 [10].	58 Abs. 3 § 456 [15].	82 §§ 430 [5].
35 Abs. 2 § 465 [4].	59 Abs. 2 § 427 [6].	83 §§ 426 [12].
37 § 458 [3].	61 Abs. 2 § 439 [2].	84 § 463 [1].
39 §§ 453 [5].	61 Nr. 5 § 470 [6].	86 ff. § 466 [3] ff.
40 §§ 426 [18], § 453 [5].	64 § 433 [2, 4].	90 § 438 [14].
43 §§ 426 [18], § 453 [5].	64 Abs. 2 § 455 [4].	90 Nr. 4 § 464 [1].
44 Abs. 1 § 459 [11].	65 § 428 [6], § 456 [9].	91 § 470 [3, 6].

Digitized by Google

§§ § 232 44, § 347 4, § 347 28, Exk. zu § 349 24, 10 ff., § 372 32, Exk. vor § 373 56, Exk zu § 374 46, § 377 101.

278 ff. Exk. zu § 374 18.

279 Exk. zu § 374 47, 166, 382 51.

280 § 212 24, § 347 11, Exk. zu § 374 150, 164, § 377 98.

280 ff. Exk. zu § 58 60.

280 Abs. 2 Exk. zu § 374 126 ff.

283 Exk vor § 93 39, § 373 83, Exk. zu § 374 150, 149 ff., 165, § 377 98, § 375 19, § 376 25, § 377 109.

284 Abs. 2 § 64 6, § 337 4, Exk. zu § 359 6, § 374 15, 51.

284 ff. § 55 6, § 347 11, § 366 71 ff.

284 Abs. 2 Exk. zu 374 17.

285 § 218 7, § 348 13 ff., Exk. zu § 374 13, 14.

286 § 212 21, § 218 9, Exk. zu § 372 37, § 374 20, 164, § 377 98, 100, § 375 5.

286 Abs. 1 Exk. zu § 374 22, § 374 1 ff.

287 § 347 9, Exk. zu § 374 112, 166, § 377 66, Exk. zu § 382 51.

288 § 64 6, § 218 9, § 337 3, 4, § 348 16, § 353 12, § 352 7 ff., 8 ff., Exk. vor § 373 63, Exk. zu § 374 22.

289 § 353 4.

291 § 353 12, § 353 4, § 352 6, Exk. vor § 373 63.

293 Exk. zu § 359 6, 4, § 353 10.

294 § 373 14, 36.

295 § 231 34, Exk. zu § 359 4, § 372 27, Exk. vor § 373 58, 60, § 373 1, 19, 12, Exk. zu § 374 9, § 375 2, 15, § 435 5.

296 § 353 8 ff., 10, § 373 12, 24, § 375 3.

297 § 373 15, Exk. zu § 374 8, § 375 15.

298 Exk. zu § 374 155.

299 § 373 9.

300 § 373 24, Exk. zu § 374 166, § 379 16.

300 Abs. 1 § 377 201.

300 Abs. 2 Exk. vor § 373 70, Exk. zu § 382 45.

300 ff. Exk. zu § 374 8.

301 § 353 8 ff., 10.

303 Exk. zu § 374 2.

304 Exk. vor § 373 79 ff., § 374 1 ff., 2, § 375 17, § 377 201, § 435 5.

305 § 349 4.

306 Exk. vor § 373 60.

306 ff. Exk. vor § 373 9.

307 Exk. zu § 58 26, § 346 18.

309 Exk. zu § 58 26.

311 § 22 20, § 186 19, § 303 15, § 335 28, § 350 73, 88, 46, 3, Exk. zu § 350 14, Exk. vor § 373 17.

312 (Abs. 2) § 350 35, Exk. vor § 373 3.

313 § 22 20, § 105 41, Exk. vor § 93 23, § 182 35, § 186 19, § 335 28, § 350 72 ff., § 350 76 ff., 41, 3, 20 ff., Exk. vor § 373 19, § 377 167.

314 § 213 14, § 368 37, Exk. vor § 373 56.

315 Exk. zu § 141 6, § 372 44, Exk. vor § 373 25 ff., 35.

315 ff. Exk. vor § 93 11, § 354 11.

316 Exk. vor § 373 26, § 420 1.

318 Exk. vor § 373 24.

319 Exk. vor § 373 24.

320 § 70 16, § 99 2, § 348 8 ff., Exk. zu § 359 7, § 369 12, Exk. zu § 374 8, 26, 51, 136.

320 ff. § 109 5, § 373 24, § 381 2 ff.

320 Abs. 1 Exk. zu § 374 76.

320 Abs. 2 § 348 17, Exk. zu § 372 56.

320 Abs. 3 § 435 7.

321 § 292 8, § 289 4, 349 53, Exk. vor § 373 40 ff., Exk. zu § 374 147 ff., § 382 51 ff.

322 Exk. zu § 359 4, § 372 15, Exk. vor 373 41 ff., 79 ff., Exk. zu § 374 8, 44.

322 Abs. 2 Exk. vor § 373 79 ff.

323 § 63 E; (Abs. 1) Exk. zu § 374 150.

323 Abs. 2 § 383 32; (Abs. 3) 385 7.

323 ff. § 231 25 a ff., Exk. vor § 373 60, Exk. zu § 374 36, 49, 163, § 377 45, § 376 26, § 428 7.

324 § 70 4, § 89 5.

324 Abs. 2 Exk. zu § 382 45 ff., § 373 25.

325 § 84 26, Exk. vor § 93 17, Exk. zu § 350 4, Exk. vor § 373 70, Exk. zu § 374 49, § 374 126 ff., 150, § 377 87, 98, § 381 5, § 385 7, § 409 11.

325 Abs. 2 Exk. zu § 374 149 ff., 98, § 375 18, 377 109.

325 ff. § 375 5.

326 Abs. 2 § 377 94, § 375 8, § 376 6; (Abs. 1) Exk. zu § 376 5.

326 § 413 6, § 296 15, § 400 25, § 397 11, § 398 2, § 409 11, § 55 6, § 70 29, § 212 21, § 231 21, § 348 16, Exk. zu § 350 3, § 372 27, Exk. vor § 373 41 ff., Exk. vor § 373 47, 66, § 373 13, 21, Exk. vor § 373 71, § 373 14, Exk. z. § 374 1 ff., § 374 1 ff., Exk. zu § 374 42, 126 ff., 147 ff., 172 ff., § 377 2, § 375 20 ff., § 376 26, 38, 39 ff., § 375 2 ff., § 377 182, § 381 11, Exk. zu § 382 79, 83, 96, § 374 1.

327 Exk. zu § 374 75, § 376 11.

328 § 303 2, § 305 2.

329 § 25 24, § 363 8.

335 § 303 2, § 305 2.

336 Exk. zu § 348 3.

336 ff. Exk. zu § 348 1 ff.

337 ff. Exk. zu § 348 4.

339 § 426 16.

339—345 § 212 21.

339 ff. § 218 ff., § 348 1 ff.

340 § 61 11, § 236 11, § 349 40.

340 Abs. 2 § 75 6.

340 ff. § 348 15, Exk. zu § 374 38.

341 § 348 18 ff., § 349 40; (Abs. 3) Exk. zu § 374 56, 22.

342 § 348 20.

343 § 113 10, § 236 13, § 348 29.

344 § 348 29.

345 § 348 18 ff., Exk. vor § 373 86, § 377 128.

346 § 70 25, Exk. zu § 349 10 ff., § 374 51, § 377 27, 65 ff.

346 ff. § 70 E, Exk. zu § 374 3, 25, 117 ff., § 376 11, Exk. zu § 382 65.

347 § 352 6, § 363 14, Exk. zu § 374 75.

347 Abs. 3 § 377 118.

351 Exk. zu § 374 75.

352 Exk. zu § 374 75.

354 § 377 109.

355 Exk. zu § 374 75, § 376 1, 11, 20.

356 § 377 108.

358 Exk. v. § 373 86, § 377 126.

359 Exk. zu § 348 6, § 350 20, Exk. zu § 372 67, § 376 59.

359 Abs. 1 Exk. vor § 373 69.

359 ff. Exk. zu § 374 42.

360 Exk. zu § 374 4, § 382 62.

361 Exk. zu § 372 67, § 376 22 ff., 1, Exk. zu § 382 96.

362 Exk. zu § 58 14, § 377 68.

362 ff. § 348 25.

363 § 348 19, Exk. vor § 373 86, § 377 118, 128 ff., § 378 14.

364 § 1 35, § 377 65 ff.

364 Abs. 2 § 335 28.

Digitized by Google

§§

365 § 349 [2].
366 § 27 [28], § 356 [2], § 366 [33].
366 Abs. 2 § 376 [18].
368 § 435 [6].
370 Ext. zu § 58 [16]ff., § 125 [12].
371 § 448 [2].
372 § 290 [7], § 349 [41], § 353 [10], Ext. zu § 372 [27], § 374 [25], § 373 [29], § 374 [4], § 435 [5].
372ff. § 300 [11], Ext. zu § 372 [57].
373 Ext. vor § 373 [41]ff., Ext. zu § 374 [94].
373 Abs. 4 § 379 [24].
376 § 349 [41].
379 § 353 [10].
379 Abs. 1 § 353 [11].
380 § 377 [142]ff., § 381 [5].
382 § 300 [11].
383 Ext. zu § 372 [27], § 374 [1]ff., Ext. zu § 374 [94], § 373 [41, 52], § 374 [3, 1], § 435 [5].
383 Abs. 3 § 373 [33].
385 § 93 [5].
385 Abs. 2 § 386 [2].
387 § 124 [34]ff., § 131 [14], Ext. zu § 363 [12], § 376 [18].
389 Ext. zu § 376 [18].
390 § 414 [15].
394 § 59 [47].
395 Ext. zu § 374 [8].
396 Ext. zu § 376 [18].
397 § 205 [3]ff., Ext. zu § 350 [6]; (Abs. 2) § 350 [19].
399 § 109 [14, 20], § 70 [27], § 222 [8], § 368 [101].
399ff. § 411 [2].
400 § 368 [5].
401 § 22 [24], § 22 [27], § 349 [47, 39], § 364 [4], § 368 [98], § 369 [7].
401ff. § 25 [15].
402 § 22 [26], § 61 [6], § 349 [48].
403 § 22 [27].
404 § 223 [12], § 289 [4], § 349 [43], Ext. zu § 372 [27].
405 § 350 [14], § 363 [11, 29], § 364 [15].
406ff. § 25 [15], § 411 [2].
407 § 223 [13], § 392 [11].
409 § 25 [16], § 222 [17], § 392 [11].
410 § 377 [104].
412 § 25 [18], § 349 [47, 39].
413 § 222 [7], § 222 [8], § 223 [12], § 368 [5].
414 § 26 [1], § 159 [6], Ext. zu § 346 [10].
414ff. § 22 [31], § 25 [9], § 25 [24].
417 § 25 [10].
418 § 349 [19].
419 § 26 [1], § 303 [16], § 304 [8], § 305 [26], § 306 [15].
420 § 128 [16], § 162 [18], § 237 [22], § 245 [13].

§§

421 § 349 [55], § 472 [19].
421ff. § 26 [1], § 200 [13], § 202 [23], § 204 [6], § 249 [2].
421ff. § 128 [6]ff.
422 § 124 [36], § 356 [1].
423 § 129 [15], Ext. zu § 350 [7].
425 § 160 [4, 6], Ext. zu § 374 [79].
426 § 202 [13], § 202 [23], § 241 [30], § 347 [13], § 349 [40, 46]ff., Ext. zu § 350 [7], § 472 [19].
426 (Abs. 1) § 432 [9].
427 § 128 [1], § 200 [10], § 162 [18].
428 § 225 [7].
428ff. § 241 [14]ff.
431 § 162 [18].
431ff. § 179 [1].
432 § 419 [6].
433 Ext. zu § 372 [16, 15], Ext. vor § 373 [18, 60], Ext. zu § 374 [26, 165], § 377 [71].
433 Abs. 1 S. 2 Ext. vor § 373 [6, 56].
433 Abs. 2 Ext. vor § 373 [57].
433—444 § 145 [10].
433ff. Ext. zu § 382 [78].
434 Ext. vor § 373 [7, 59].
437—440 § 381 [6].
437 § 22 [27], § 105 [35], § 209 [2], § 377 [102], § 381 [3]ff.
437 Abs. 1 § 377 [186].
437ff. § 186 [19].
437 Abs. 2 § 381 [3]ff.
438 § 349 [2].
439 § 159 [6], § 377 [102].
439 Abs. 2 Ext. vor § 373 [59].
439ff. Ext. vor § 373 [60].
440 Ext. vor § 373 [60], § 381 [6].
440 Abs. 1 Ext. zu § 374 [1]ff., § 377 [126].
443 § 186 [19].
444 Ext. vor § 373 [61], § 381 [5].
445 § 105 [35], § 209 [2].
446 § 353 [12], Ext. zu § 382 [22, 67].
446 Abs. 1 § 353 [12].
447 § 40 [4], Ext. zu § 372 [3, 15], Ext. vor § 373 [70], § 373 [10], § 377 [3], Ext. zu § 382 [28]ff., [58], § 408 [19].
447 Abs. 1 Ext. zu § 382 [45]ff.
447 Abs. 2 Ext. zu § 382 [59]ff.
448 Ext. zu § 372 [3], § 382 [113]ff., § 426 [19].
448 Abs. 1 Ext. zu § 282 [45].
448 Abs. 2 § 223 E.
451 § 377 [68].
452 § 353 [12], § 352 [6], Ext. vor § 378 [62].
453 § 261 [19], Ext. vor § 373 [33].

§§

454 § 355 [16], Ext. zu § 374 [1]ff., [118]ff., [151], § 376 [32]ff.
455 Ext. zu § 382 [68, 65, 68].
456 § 368 [56].
457 § 368 [82], § 373 [33].
457ff. § 368 [84].
458 § 368 [56], § 373 [32].
459 Ext. zu § 349 [32], § 377 [100, 94, 89]ff., [45, 102]ff.
459ff. § 58 [26], § 381 [3]ff.
460 § 377 [32, 117, 155, 157, 162].
461 § 377 [122].
462 § 377 [68].
463 § 377 [32, 45, 73, 100, 85, 104, 129, 140, 155, 158, 162], § 381 [12].
463ff. § 377 [41].
464 § 348 [19], Ext. vor § 373 [41]ff., § 377 [115, 120, 131, 156].
464ff. § 377 [92]ff.
465 § 377 [61, 94, 135].
465ff. § 377 [60].
466 § 55 [6], § 377 [108, 141].
467 § 377 [63]ff., [109, 108].
468 Ext. vor § 373 [69], Ext. zu § 374 [166], § 377 [44].
469 § 379 [21].
469ff. § 377 [178]ff.
472 Ext. zu § 374 [150], § 377 [79]ff., [172].
473 Ext. zu § 374 [150], § 377 [78]ff.
474ff. § 377 [92]ff.
476 § 377 [121, 187].
476ff. § 377 [32, 159]ff.
477 Ext. zu § 349 [32], Ext. vor § 373 [14]ff., § 377 [102, 132]ff., [139, 187, 192, 193], § 400 [26].
477 Abs. 1 § 159 [13], § 377 [188]ff.
477ff. § 377 [146], Ext. zu § 379 [3], § 381 [4].
478 § 377 [141, 191], § 414 [7].
478ff. § 377 [102].
479 § 377 [142]ff., § 414 [7].
480 § 55 [3], Ext. zu § 374 [42, 175, 179]ff., § 377 [21, 41, 45, 60, 75, 85, 92]ff., [91, 100, 109, 183]ff., [142]ff., [129, 155, 158, 162].
481ff. § 382.
487 § 377 [68].
493 § 105 [35], Ext. vor § 373 [7].
494 § 96 [1], Ext. zu 382 [1]ff.
495 Ext. vor § 373 [51].
495—496 Ext. zu § 382 [18]ff.
497ff. Ext. vor § 373 [51].
503 Ext. vor § 373 [51].
515 Ext. vor § 373 [2].
518 § 22 [20], Ext. zu § 350 [9], § 350 [24, 2].

Digitized by Google

§§

518 Abs. 2 § 350 [71].
528 Exk. zu 350 [9].
530 Exk. zu 350 [9].
534 § 59 [34], Exk. zu § 350 [9].
542 Abs. 3 Exk. vor § 373 [36].
559 § 368 [5].
559 ff. § 366 [60] ff.
565 § 350 [28].
566 Exk. vor § 93 [22], § 350 [71, 81].
566 Abs. 2 § 350 [28].
580 § 350 [28].
581 § 350 [28].
581 ff. § 366 [60] ff.
588 ff. Exk. zu § 382 [69].
590 § 366 [60] ff.
607 Abs. 2 Exk. zu § 376 [20].
610 § 349 [53], Exk. vor § 373 [41] ff.
611 § 59 [32], § 70 [30].
611 ff. § 59 [7] ff.
612 § 231 [24], § 245 [3].
613 Exk. zu § 58 [31], § 70 [27], Exk. vor § 93 [34], § 84 [21].
614 § 70 [16], § 384 [17].
614 Satz 1 § 63 E.
614 Satz 2 § 64 [1].
615 § 70 [4, 12, 20, 27], § 84 [24] ff., § 92 [7].
616 § 63 [1] ff., § 92 [14], § 231 [25a] ff.
617 § 59 [32], § 62 E, § 63 [9] ff.
618 § 59 [9], § 62 E.
620 § 67 [3, 5].
620 ff. § 231 [29].
621 § 66 [1].
622 § 84 [5].
624 § 66 [3], § 77 [4].
625 § 69 [5].
626 § 243 [9] ff.
626 ff. § 70 E, Exk. vor § 93 [39], § 231 [21, 30].
627 Exk. vor § 93 [2, 30], § 84 [5], § 149 [40], § 243 [9] ff., § 383 [24].
627 ff. § 245 [16].
628 § 70 [14, 17] ff., § 383 [23]; (Abs. 2) § 92 [3], § 339 [24].
629 § 66 [13].
630 § 59 [9], § 73 [1], § 231 [35].
631 § 1 [52], § 425 [1].
631 ff. § 1 [71], § 381 [13].
634 Exk. zu § 349 [10] ff.
635 Exk. zu § 349 [10] ff.
637 Exk. zu § 349 [34].
638 Abs. 2 § 159 [13].
638 Exk. zu § 349 [32]; Exk. vor § 373 [14] ff., § 381 [17], § 472 [20].
640 Abs. 2 § 348 [19].
641 § 439 [2].
642 § 425 [4].
644 § 425 [1], § 430 [7].

§§

644 Abs. 2 Exk. zu § 372 [3].
645 § 428 [7].
647 § 366 [60] ff.
648 § 472 [20].
649 § 383 [23], § 425 [1], § 428 [3].
651 § 1 [35], Exk. vor § 373 [14] ff.
651 Abs. 1 § 381 [14].
652 Exk. vor § 93 [2, 30].
652 ff. Exk. vor § 93 [6] ff., § 93 E, § 93 [1] ff., § 99.
656 § 350 [14], § 354 [7].
662 § 48 [1], § 110 [6], § 231 [21], § 349 [38], § 362 [3], § 368 [99].
662 ff. § 84 [11], § 349 [52, 53], § 383 [18].
663 § 362 [20], § 383 [38].
664 § 22 [26], Exk. zu § 58 [31], § 238 [13].
664 ff. § 114 [6] ff.
665 § 152 [1], Exk. zu § 363 [6], § 385 [11], § 386 [3, 2].
665 ff. § 84 [19] ff., § 231 [25], § 253 [4].
666 § 59 [44], § 118 [3], § 137 [1], § 204 [4], § 231 [36], § 241 [3], Exk. zu § 342 [3], § 347 [11], § 384 [17], § 408 [27].
667 § 59 [46], § 113 [4], Exk. zu § 350 [12], § 368 [103], § 408 [27].
667 ff. § 349 [38].
668 ff. § 231 [24].
668 § 352 [6].
669 § 349 [53], § 409 [7] ff., [11].
670 § 110 [3], § 349 [38], § 349 [53], § 410 [2, 14], § 409 [7] ff.
671 § 52 [5], § 117 [7], § 149 [40], § 231 [21], § 243 [9] ff., § 349 [53], Exk. zu § 363 [2].
671 Abs. 2 u. 3 § 127 [9].
671 ff. Exk. zu § 58 [66] ff., § 92 [1].
672 § 92 [10], § 92 [12], Exk. zu § 424 [18].
672 ff. § 66 [14], § 383 [25].
673 § 137 [4], § 92 [11], § 231 [34].
674 § 92 [12].
675 Exk. zu § 58 [31], § 52 [5], § 59 [44], § 59 [46], § 92 [1], § 84 [19, 4], § 92 [10], § 92 [11, 12], § 204 [4], § 231 [21, 24, 34, 36], § 241 [2], § 253 [4], § 352 [6], Exk. zu § 363 [1], § 350 [12, 11], § 362 [2], § 362 [20] ff., § 384 [17], § 396 Abs. 2, § 407 [3], § 408 [27], § 409 [7] ff.
675 ff. § 96 [3].
676 Exk. zu § 349 [1] ff., [6].
677 § 342 [3], § 362 [2], § 379 [18].
678 § 115 [5], § 241 [1], § 347 [9].
678 ff. § 114 [18] ff.
679 § 115 [5], § 110 [1, 2].
683 § 110 [1], § 110 [2], § 354 [10].

§§

688 ff. § 416 [2, 5], Exk. zu § 424 E, § 465 [9].
690 § 377 [201], Exk. zu § 424 [13], § 429 [9].
691 Exk. zu § 424 [13].
691 ff. § 417 [3].
693 Exk. zu § 424 E, § 424 [14].
694 § 368 [35].
695 Exk. zu § 363 [12], § 422 [4], Exk. zu § 424 [17].
697 § 420 [5], Exk. zu § 424 [19, 17], § 424 E.
699 Abs. 2 § 420 [2].
700 § 1 [35], Exk. zu 58 [11], § 363 [12], § 368 [87], § 419 [9], Exk. zu § 424 [5, 17, 19].
700 Abs. 2 Exk. zu § 424 [3].
701 § 472 [10].
704 § 366 [60] ff., § 368 [5].
705 § 105 [3] ff., § 105 [11, 27], 137 [3].
705 ff. § 4 [26], § 109 [1] ff., § 176 [6], Exk. zu § 342, [5].
706 ff. § 111 [1] ff., § 114 [2] ff.
707 § 149 [8], § 335 [29].
708 § 111 [12], § 218 [7], § 335 [32].
712 § 146 [5], § 338 [11].
712 Abs. 2 § 127 [9].
713 § 110 [3], § 113 [4], § 114 [6], § 118 [3], § 137 [1], Exk. zu § 342 [3], § 347 [11], § 352 [6].
714 § 125 [1], § 152 [1].
716 § 118 [1] ff., § 338 [7] ff., Exk. zu § 342 [3].
716 Abs. 2 § 166 [19].
717 § 109 [11] ff., § 335 [27].
718 ff. § 105 [27], § 124 [23], § 335 [31].
719 § 109 [14].
721 Exk. zu § 342 [3].
722 § 202 [23], § 335 [25].
722 Abs. 2 § 168 [2], § 336 [2].
723 § 115 [5], § 339 [18] ff., Exk. zu § 346 [31] ff.
723 Abs. 2 § 132 [9], § 339 [29].
725 Abs. 2 § 124 [28].
726 § 131 [5], § 339 [7] ff.
727 § 137 [4], § 195 [5], § 339 [3] ff.
728 ff. § 137 [3], § 339 [6].
729 § 156 [3].
730 Abs. 2 § 145 [3], § 156 [1].
732 § 155 [19].
732 ff. Exk. zu § 141 [4].
733 § 111 [7], § 128 [16].
734 ff. § 154 [5].
735 § 155 [15], § 202 [23].
736 § 195 [5], § 339 [6], Exk. zu § 346 [31] ff.
736 ff. § 145 [9].
737 § 140 [6].
738 § 138 [3] ff., § 140 [3] ff., § 139 [19], § 142 [3], § 145 [9].

Digitized by Google

§§

738 ff. Ergl. zu § 141, § 340 [4] ff.
739 Ergl. zu § 141 [16] ff.
740 § 124 [27], § 128 [16], Ergl. zu § 141 [21] ff.
740 Abs. 1 § 340 [11].
740 Abs. 2 § 340 [18].
741 § 366 [16].
741 ff. § 225 [18].
743 Ergl. zu § 424 [5].
747 Ergl. vor § 373 [60].
747 Abs. 2 § 419 [3].
751 ff. § 133 E.
752 § 419 [3].
753 § 225 [18].
761 § 350 [35, 41, 3].
762 Ergl. zu § 348 [7], § 350 [14], § 355 [30], Ergl. zu § 376 [62, 65, 71 ff., 15, 16, 22].
762 ff. § 368 [7].
764 Ergl. zu § 376 [50 ff., 16].
765 ff. § 349 [1] ff.
766 § 349 [4], § 350 [71].
766 S. 2 § 349 [6]; (S. 1) § 350 [4] ff.
767 § 349 [11], § 356 [4, 1], 368 [32].
768 § 349 [15].
768 Abs. 2 § 349 [14].
769 § 349 [46] ff.
770 § 129 [9], § 159 [17], § 349 [12, 16] ff.
770 ff. § 368 [38].
771 ff. § 349 [20] ff.
772 § 349 [27].
774 § 349 [16] ff., § 349 [38, 40, 42, 47, 57].
774 Abs. 1 § 369 [32].
774 Abs. 2 § 349 [46] ff.
774 ff. § 349 [39].
775 § 84 [17], § 349 [35] ff.
776 § 349 [33, 47].
777 § 349 [27].
778 § 335 [37], § 349 [52], Ergl. zu § 349 [15].
779 § 205 [3] ff., Ergl. zu § 350 [3], § 376 [27].
780 § 350 [41, 11, 4] ff., § 355 [30], § 363 [8, 19], Ergl. zu § 376 [15], § 377 [138].
780 ff. § 348 [25], Ergl. zu § 350 [9], § 355 [4] ff.
781 Ergl. zu § 376 [15], § 377 [138].
781 ff. Ergl. zu § 357 [4] ff.
781 § 350 [41].
781 S. 2 § 350 [15] ff.
781 S. 1 § 350 [4] ff.
782 § 350 [11, 15] ff., § 355 [25], § 363 [8], Ergl. zu § 376 [21, 16].
783 § 350 [38], § 363 [1].
784 § 350 [32], § 363 [6].
784 Abs. 1 § 363 [11].
788 § 363 [15].
789 § 363 [14].

§§

790 Ergl. zu § 363 [6], § 363 [7].
792 § 350 [32], Ergl. zu § 363 [7], § 363 [5, 6].
792 Abs. 3 § 363 [11].
793 § 213 [14], § 223 [26], § 350 [46].
793 Abs. 2 § 181 E, § 344 [8].
793 ff. § 223 [16], Ergl. zu § 365 [1] ff.
794 § 223 [25], § 366 [50].
795 § 353 [4].
796 § 223 [12].
796 ff. § 223 [27] ff.
797 § 424 [9].
799 § 213 [15].
799 Abs. 2 § 228.
800 § 228, § 365 [13].
801 § 213 [16], Ergl. zu § 365 [6].
801 ff. § 223 [29] ff.
804 § 228 [8].
805 § 381 [10].
807 § 1 [40], § 366 [50], § 369 [15], § 472 [17].
807 ff. Ergl. zu § 365 [1] ff.
808 § 424 [10].
809 § 388 [4].
809 ff. § 96 [1].
810 § 45 [1], § 91 [4], § 157 [9, 15], § 166 [1], § 349 [14], § 384 [20].
811 § 157 [14].
812 Ergl. vor § 93 [21], § 155 [4], § 207 [5], § 281 [2], Ergl. zu § 348 [2], § 346 [23], § 364 [9], Ergl. vor § 373 [49], Ergl. zu § 376 [45, 101], § 377 [165], Ergl. zu § 382 [64], § 383 [36], § 385 [7], § 424 [6], § 433 [11].
812 Abs. 1 § 377 [165], Ergl. zu § 382 [85].
812 Abs. 2 § 348 [25], § 350 [18, 14], § 355 [30].
812 ff. § 194 [2], § 217 [24].
813 ff. § 213 [5].
813 § 377 [141].
814 § 350 [70], Ergl. zu § 350 [9], § 355 [30], Ergl. zu § 376 [45, 26].
815 § 409 [2].
816 § 364 [10], § 366 [69, 74].
817 § 207 [5], Ergl. zu § 346 [1] ff., [23], § 376 [45].
817 Satz 2 Ergl. zu § 346 [11].
818 § 70 [25], § 366 [69], Ergl. zu § 377 [101], § 385 [7].
818 Abs. 3 Ergl. zu § 376 [13].
819 Ergl. zu § 346 [23], § 383 [32].
820 § 352 [6].
821 § 350 [14], § 364 [9], § 424 [6].
822 § 368 [75].
823 § 37 [23, 14], § 73 [8], § 227 [6], § 226 [1], § 241 [24] ff., § 282 [10], § 284 [8], § 287 [2], § 335 [62],

§§

§ 346 [18], Ergl. zu § 346 [7], § 347 [2, 26], Ergl. zu § 349 [6, 8], § 361 [9] a, [13], § 366 [71] ff., § 368 [100, 98], Ergl. vor § 373 [49], Ergl. zu § 376 [26], § 377 [120, 162, 169, 177], Ergl. zu § 424 [6], § 472 [12, 6].
823 Abs. 1 Ergl. zu § 377 [1] ff.
823 Abs. 2 Ergl. zu § 37 [9], § 202 [3], § 204 [2], Ergl. zu § 349 [27, 26], § 418 [3].
823 ff. Ergl. zu § 58 [32] ff., § 232 [46] a, § 267 [5], Ergl. zu § 350 [6], § 467 [2].
824 § 273 [11], Ergl. zu § 349 [26].
826 § 37 [19], § 126 [15], § 70 [15], § 73 [8], § 202 [3], § 226 [1], § 241 [24] ff., § 335 [32], § 348 [25], Ergl. zu § 346 [23, 25], § 346 [6] ff., [1] ff., [13, 41], Ergl. zu § 349 [25, 7], § 350 [6], § 361 [9] a, [13], § 361 [24], § 368 [100], Ergl. zu § 372 [11], Ergl. vor § 373 [24, 49, 51, 60], Ergl. zu § 376 [23], § 377 [120, 162, 169, 177], Ergl. zu § 377 [2], § 381 [6], § 383 [21], § 387 [4].
830 § 226 [1].
831 Ergl. zu § 58 [32] ff., § 232 [44], § 377 [151, 174], § 429 [24], § 472 [12].
832 § 76 [9].
835 Abs. 2 § 350 [20].
840 Ergl. zu § 58 [32] ff., § 226 [1], § 241 [30], § 347 [13], § 472 [19].
842 ff. § 62 [7] ff.
852 § 209 [7], Ergl. zu § 349 [31], § 377 [146, 175].
853 § 126 [15].
854 § 195 [19], § 366 [12].
855 § 59 [45], § 366 [46], Ergl. zu § 382 [110].
858 § 366 [71] ff.
862 Ergl. zu § 349 [27].
868 § 195 [19], § 368 [95, 97], § 369 [27], Ergl. vor § 373 [56], Ergl. zu § 382 [68], § 440 [6].
870 § 368 [9], § 419 [8], § 424 [7, 9], § 440 [6].
873 § 1 [24], Ergl. vor § 93 [22], § 186 [19], § 350 [22], § 353 [12].
873 Abs. 2 § 350 [41].
883 ff. Ergl. zu § 382 [70].
895 Ergl. zu § 141 [3].
925 § 350 [54, 2].
925 Abs. 1 § 182 [12].
925 Abs. 2 Ergl. zu § 382 [70].
929 § 40 [4], Ergl. zu § 58 [37], § 222 [9], § 365 [10], § 366 [13, 18], § 369 [15].
929—931 § 1 [33].

Digitized by Google

§§

929 ff. § 186 [19], § 366 [1] ff., § 368 [63] ff.
930 § 368 [95, 97], § 373 [2], Erk. vor § 378 [56], § 383 [33].
931 § 350 [25], § 363 [38], § 369 [15, 32], Erk. vor § 378 [56], § 419 [6], § 424 [9, 7].
931 ff. Erk. zu § 382 [64].
932 § 172 [9], E [68], § 363 [37], § 365 [10], § 385 [13], § 419 [4].
932 ff. § 27 [26], § 222 [14], § 365 [8] ff., [10] ff., § 366 [4] ff., [31] ff., § 367 [1] ff., § 369 [20, 63], § 383 [35].
935 § 336 [37].
935 Abs. 2 § 179 [8].
936 Abs. 3 § 368 [37], § 424 [9].
937 § 22 [6], § 366 [71] ff.
946 Erk. zu § 382 [71].
947 ff. § 366 [74], Erk. zu § 382 [71], § 383 [36], § 419 [1].
949 § 419 [7].
949 Abs. 2 Erk. zu § 374 [75].
951 § 366 [74].
952 § 366 [50].
952 Abs. 2 § 1 [41].
956 § 1 [39].
978 ff. § 465 [9].
985 § 366 [70, 74], § 368 [38].
985 ff. § 424 [6].
986 Abs. 2 § 369 [33], Erk. zu § 382 [64].
987 § 366 [71] ff.
987 ff. § 368 [99].
989 § 366 [74].
990 § 366 [74].
990 ff. § 366 [71] ff.
994 § 366 [74].
1006 § 366 [51, 87].
1006 Abs. 1 § 179 [8].
1007 § 369 [38].
1008 ff. § 366 [18].
1011 § 419 [8].
1015 § 350 [54].
1017 § 350 [41, 3].
1018 ff. § 49 [2].
1030 ff. § 49 [2].
1032 § 369 [31].
1035 Erk. zu § 382 [69].
1048 Erk. zu § 382 [69].
1065 § 369 [38].
1067 § 22 [17].
1074 § 22 [16].
1113 ff. § 49 [2].
1120 Erk. zu § 382 [71].
1127 ff. § 1 [63a].
1153 Abs. 2 § 369 [16].
1154 § 1 [41], § 22 [27], § 350 [71, 25, 26].
1165 § 349 [33].

§§

1187 ff. § 185 [10], § 364 [4].
1190 § 22 [27].
1192 § 1 [41], § 350 [25].
1195 § 1 [41].
1204 § 424 [9].
1204 Abs. 2 § 368 [7].
1204 ff. § 368 [6] ff.
1205 § 223 [13], § 365 [11], § 368 [22, 11a, 18, 96], Erk. zu § 382 [110], § 419 [8], Erk. zu § 424 E.
1205 Abs. 1 § 368 [24].
1205 Abs. 2 § 363 [37], § 368 [9], § 369 [32], § 424 [7].
1205 ff. § 366 [54] ff.
1206 § 368 [18], Erk. zu 424 E.
1207 § 363 [37], § 365 [11], § 368 [25] ff.
1207 ff. § 366 [54] ff., [60] ff., § 368 [25] ff., [26].
1208 § 368 [25] ff.
1209 § 368 [7, 11], § 443 [8].
1210 § 349 [11], § 356 [4], § 368 [32], § 369 [57]; (Abs. 2) § 440 [2].
1211 § 368 [38].
1213 § 22 [19], § 368 [37].
1218 § 347 [11].
1218 ff. § 373 [32].
1219 § 368 [35], § 377 [122].
1221 § 368 [74], § 371 [21].
1222 § 368 [36], § 369 [56] ff.
1223 § 349 [47], § 368 [38, 99], § 369 [64].
1224 § 368 [38].
1225 § 349 [41, 47].
1227 § 368 [39], § 369 [38].
1228 Abs. 2 § 368 [59] ff., § 369 [9].
1228 ff. § 368 [41] ff.
1230 S. 2 § 368 [59] ff.
1231 § 368 [41] ff.
1232 § 371 [8].
1233 § 366 [75], § 368 [41] ff.
1233 Abs. 2 § 371 [13].
1234 § 368 [45, 93, 74], § 371 [15] ff., [21], (Abs. 1) § 440 [12].
1234 ff. § 368 [84].
1235 § 368 [59] ff., [48], § 377 [122].
1236 § 368 [51].
1237 § 368 [53] ff., [59] ff., § 371 [15] ff., § 377 [122], § 440 [12].
1239 § 368 [56].
1240 § 368 [58].
1240 ff. § 368 [59] ff.
1241 § 440 [12].
1241 ff. § 371 [15] ff.
1242 ff. § 368 [53] ff.
1243 § 368 [51] ff.
1243 ff. § 368 [44] ff., § 371 [11].
1244 § 366 [75], § 368 [26].
1245 § 368 [58], § 371 [27] ff.
1245 ff. § 368 [48, 50].
1246 § 368 [58, 84].

§§

1247 § 349 [40], § 368 [71].
1249 § 369 [32].
1250 § 349 [41, 47], § 364 [4], § 368 [7], § 369 [7].
1250 Abs. 1 § 369 [16].
1252 § 368 [7], § 424 [9].
1252 § 356 [1], § 368 [9].
1256 § 349 [47].
1257 § 222 [11], § 226 [3, 9], § 366 [60] ff., § 368 [92], § 369 [33, 56] ff., § 424 [9], § 397 [7] ff., § 440 [9], § 443 [8].
1258 § 368 [36], § 419 [7].
1273 § 22 [19], § 349 [41, 47], § 368 [99].
1274 § 109 [17], § 222 [11], § 212 [18], § 350 [24], § 368 [18].
1274 Abs. 2 § 222 [3], § 368 [5], § 369 [16].
1275 § 223 [13].
1277 § 368 [75].
1280 § 350 [26], § 368 [13], § 223 [13].
1282 § 368 [75].
1287 § 368 [77, 91].
1287 ff. § 368 [73].
1289 § 368 [37].
1292 § 368 [26], § 369 [43], § 223 [13].
1292 ff. § 368 [18] ff., [86].
1293 § 368 [25] ff., § 424 [9], § 223 [13].
1293 ff. § 368 [72] ff.
1294 § 368 [37], § 371 [20].
1295 § 368 [26], § 371 [21].
1296 § 213 [15], § 368 [37].
1353 E [64].
1354 E [68].
1356 § 59 [9].
1358 E [73], § 59 [23].
1362 E [72], § 179 [8].
1367 E [46, 48].
1369 § 25 [2].
1370 E [46].
1373 E [72].
1375 E [48, 68], § 22 [19].
1375 ff. § 366 [36].
1376 E [68].
1379 E [48].
1381 Erk. zu § 58 [37].
1383 E [68], § 22 [19].
1388 E [57].
1395 E [45], § 366 [36].
1399 E [39], § 366 [36].
1400 E [55].
1402 E [65].
1404 § 366 [36].
1405 E [44, 45, 48, 75, 59, 56, 57], § 344 [7], § 366 [36].
1408 E [70].
1409 E [55].

Digitized by Google

§§		§§		§§	
1410	E [69].	1651	§ 1 [21].	1973	§ 27 [7].
1412	E [44].	1655	§ 1 [21], § 22 [19].	1975	§ 27 [7], Exk. zu § 374 [159].
1414	E [44], [48].	1666	§ 76 [8].		
1418	E [65].	1686	§ 335 [26].	1984	§ 366 [83].
1426 ff.	E [58].	1706	§ 18 [4].	1994	§ 27 [6].
1434	§ 182 [13].	1714	Exk. zu § 350 [3].	2003 ff.	§ 27 [6].
1435	E [59], [57].	1719	§ 18 [4].	2013	§ 27 [8].
1437 ff.	§ 39 [1].	1736	§ 18 [4].	2014	§ 27 [15].
1438	E [46].	1758	§ 18 [4].	2014 ff.	Exk. zu § 374 [153].
1440	E [46].	1772	§ 21 [2].	2017	Exk. zu § 374 [154].
1443	E [45], [54], [48], [72].	1793	Exk. zu § 374 [154].	2032	§ 27 [20].
1449	E [44].	1797	§ 38 [3].	2032 ff.	§ 27 [25] ff., § 139 [7].
1452	E [44], [57], [59], § 39 [1].	1800	§ 76 [8].	2038	§ 27 [27], § 137 [2], § 146 [1].
1459	E [44], [57], [71].	1804	§ 312 [12].		§ 146 [7].
1460	E [44], [57].	1820 ff.	§ 1 [21]	2040	§ 139 [7].
1462	E [44], [48].	1822 (Nr. 10)	§ 349 [2]; (Nr. 12) Exk. zu § 350 [3].	2048	§ 139 [7].
1519	E [46], [57], [59].			2058 ff.	§ 137 [2].
1522	§ 1 [63] a.	1822 (Nr. 11)	§ 48 [4]; (Nr. 6) § 76 [13]; (Nr. 3) § 145 [15]; (Nr. 3) § 161 [6], 182 [9]; (Nr. 3) § 335 [26].	2060	§ 139 [4].
1524	E [46].			2100	§ 139 [4].
1529	§ 1 [63] a.			2101	§ 210 [4].
1530	E [71], [57].			2112	§ 22 [6], § 139 [4].
1532	E [44], [57].	1823	§ 1 [21], § 27 [22].	2113	§ 366 [78] ff.
1533	E [44].	1827	§ 1 [21].	2129	§ 366 [78] ff.
1549	E [44], [46], [57], [59], [71].	1827 Abs. 1	§ 76 [13].	2142	§ 139 [4].
1554	E [46].	1837	§ 76 [8], § 161 [6].	2165	§ 27 [82].
1567	E [64].	1897	§ 1 [21].	2174	§ 22 [7].
1577	§ 18 [4], § 21 [2].	1915	Exk. zu § 374 [154].	2211	§ 366 [78] ff.
1597	§ 37 [14].	1922	§ 27 [6], § 139 [25].	2228	§ 37 [14].
1617	§ 59 [9].	1942 ff.	§ 27 [20].	2276	§ 182 [13].
1626 ff.	§ 1 [21].	1943	§ 27 [12].	2301	§ 350 [71].
1631	§ 76 [8].	1958	§ 27 [15].	2303	§ 139 [4].
1643	§ 1 [21], § 48 [4], § 59 [35], § 182 [9], § 335 [26].	1959	§ 27 [15], [28], § 137 [1].	2304	§ 139 [4].
		1960 ff.	§ 27 [19].	2305	§ 139 [4].
1643 Abs. 1	§ 76 [13].	1961	Exk. zu § 374 [154].	2348	§ 350 [35].
1645	§ 1 [21].	1967	§ 27 [11], § 137 [2], § 139 [4].	2371	§ 22 [20], § 350 [35].
1646	Exk. zu § 58 [37].			2383	Exk. zu § 374 [159].
1649 ff.	§ 22 [19].	1967 ff.	§ 177 [1].		

4. Handelsgesetzbuch (alte Fassung).

Art.		Art.		Art.	
4	E [77].	94	§ 114 [12], [15].	362	§ 408 [16].
7	E [76] ff.	95	§ 111 [14].	363	§ 386.
8	E [76] ff.	98	§ 109 [11], § 110 [6].	380	§ 408 [7].
10	§ 4 [9].	271 ff.	E [77], § 1 [31], [35], [39], § 2 [1] ff.	387	§ 408 [16].
34 ff.	Exk. zu § 47 E.			390	§ 426 [1].
50	§ 56 [3].	273 Abs. 3	§ 343 [6].	391	§ 425 [9].
51	Exk. zu § 58 [25].	338	Exk. vor § 373 [13].	395	§ 429 [4], § 430 [2].
52	Exk. zu § 58 [1].	341	Exk. zu § 382 [24] ff.	397	§ 429 [4].
69	§ 93 [7].	344	Exk. zu § 382 [30].	408	§ 388.
82	§ 92 [2].	353	Exk. vor § 373 [29].	411	§ 443 [3].
92	§ 111 [6] ff.	360	§ 383 [1].	422	§ 473 [1].

5. Einführungsgesetz zum Gesetze betr. Änderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898.

Art. 5 § 342 [14]. Art. 6 § 342 [14].

6. Konkursordnung.

§§		§§		§§	
1	§ 1 [4].	7	§ 1 [4], § 52 [12], Exk. zu § 58 [73].	17	§ 218 [15], § 348 [86], § 349 [40], § 292 [11], Exk. zu § 363 [13], Exk. vor § 373 [53], Exk. zu § 382 [76] ff., [99] ff., § 383 [25].
2	§ 39 [1].				
3	§ 349 [19].	8	§ 363 [18], Exk. zu § 363 [13].		
3 Abs. 1	§ 340 [17].	15	§ 369 [59], Exk. zu § 382 [97].	17 ff.	§ 341 [2].
6	§ 1 [4], § 145 [17], § 292 [8], § 368 [82].	16	§ 340 [17].		

Digitized by Google

§§
18 Exk. zu § 382 [96].
18 Abs. 2 E. § 374 [144].
19 § 348 [36].
21 Abs. 2 § 363 [18].
22 § 70 [28], § 71 [6], § 92 [12], § 231 [34], § 348 [36].
23 Exk. zu § 58 [73], § 70 [28], § 363 [18], § 383 [25].
23 Abs. 2 § 92 [12].
26 § 348 [36], Exk. zu § 382 [77, 91, 93], § 383 [25].
26 Abs. 2 Exk. zu § 382 [114].
27 § 92 [12].
28 § 137 [3], § 339 [6].
36 § 342 [6]ff.
37 § 352 [11].
37ff. § 342 [7]ff.
41 § 342 [6]ff.
41 Abs. 2 § 368 [108].
43 § 218 [15], § 363 [38], Exk. zu § 382 [90, 100], § 392 [5].
43ff. § 341 [5].
44 § 369 [37], § 366 [40]ff., Exk. zu § 382 [88, 98], § 397 [14], § 410 [15], § 433 [4, 6].
46 § 218 [15], § 392 [5], Exk. zu § 424 [6].
48 § 368 [81].
49 Nr. 4 § 369 [58].
49 Z. 1 § 366 [60], § 368 [79].
51 § 341 [3].
54 Abs. 1 § 349 [44].

§§
55 Nr. 1 § 397 [12].
55 Abs. 1 § 349 [44].
55 Z. 2 Exk. zu § 350 [8].
59 § 70 [28], § 348 [36].
59 Nr. 2 Exk. zu § 382 [93].
60 Exk. zu § 382 [93].
61 § 59 [48], § 231 [34], § 356 [4].
61 Abs. 1 § 70 [21, 28], § 245 [18].
63 Z. 4 Exk. zu § 350 [9].
64 § 349 [19, 45], § 368 [108, 86].
68 § 349 [19, 45], Exk. zu § 350 [10].
69 Exk. zu § 382 [77].
81ff. § 368 [82].
86 § 131 [12].
100ff. § 292 [12].
102 § 240 [9], § 202 [17].
104 § 293 [7].
106 § 366 [76].
109 § 307 [10], § 292 [12].
112 § 143.
116 § 307 [10].
123ff. § 292 [12].
127 § 369 [58], § 368 [83].
133ff. § 368 [82].
135 § 131 [12], § 292 [12].
136 Exk. zu § 350 [3].
144 § 292 [12].
145 Abs. 2 § 349 [44].
146 Abs. 1, 5 Exk. zu § 382 [88].
146 Abs. 2 § 124 [25].
153 § 307 [11], § 368 [108, 86].

§§
163 § 307 [11].
164 Abs. 2 § 124 [25].
168 Exk. zu § 350 [6].
173 § 292 [12].
180 § 131 [12].
189 § 292 [12].
193 § 349 [18, 44], § 356 [1], § 368 [33].
198 § 32 [1].
202 § 307 [12, 13].
204 § 307 [11].
207 § 292 [7].
207 Abs. 2 § 158 [1].
208 § 240 [14]ff., § 241 [16], § 315 [3, 5].
209 § 131 [11], § 158 [1], § 330 [5].
210ff. § 149 [27].
211 § 128 [28], Exk. zu § 177 [1], § 320 [56].
212 § 128 [5].
213 Exk. zu § 346 [36].
223 § 369 [58].
239ff. § 44 [3], § 38 E, § 131 [12].
239 Nr. 3 § 4 [25].
240 Nr. 3 § 4 [25], § 39 [1].
240 Nr. 4 § 154 [6].
240 § 315 [3, 5].
243 § 317 [7].
244 § 154 [6].
292 § 307 [13].

7. Reichsgesetz betr. private Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901.

§§
1ff. § 1 [61]ff.
5 § 33 [14].
18 § 20 [3]a.
30 § 33 [7].
32 § 33 [16].
40ff. § 34 [2].
65 Abs. 3 § 252 [36], § 253 [1].

§§
67 (Abs. 3) § 14 [1], Exk. zu § 346 [45].
69 Exk. zu § 350 [1].
73 Exk. zu § 350 [1].
73ff. Exk. zu § 346 [45].
85 § 33 [4].
85ff. § 84 [32].

§§
87ff. § 84 [15].
89 § 13 [19].
101 § 29 [11].
108 § 84 [32].
115 § 13 [5], § 13 [18], § 84 [15], § 84 [32], Exk. zu § 85 [2].

8. Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.

§§
1 § 37 [26].
2 § 13 [3].
8 § 4 [23], § 37 [19, 26].
9 § 59 [38]ff.

9. Warenzeichengesetz von 1894.

§ 4 [23].

§§
12 § 37 [26].
13 § 37 [26].
14 § 37 [19, 20, 26, 30 [1].
15 § 17 [6].
19 § 37 [26].
23 § 13 [3].

10. Wuchergesetz v. 24. Mai 1880/19. Juli 1893.

Exk. zu § 346 [15].

Art. 4 § 55 [23], Exk. zu § 357 [2].

11. Patentgesetz.

§§
1 Exk. vor § 373 [7].
4 Exk. vor § 373 [5].
6 Exk. vor § 373 [9].
7 Exk. vor § 373 [5].
10 Exk. vor § 373 [7].
11 Nr. 1 Exk. vor § 373 [11].
19 Exk. vor § 373 [6].

12. Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894.

Exk. zu § 382 [72].

§§
4 § 348 [29].
8 § 1 [1], § 4 [23], § 348 [29].

13. Grundbuchordnung.

§§
11 § 37 [14].
29 § 350 [54].
29ff. § 54 [15].
30 § 48 [6].
33 § 9 [3], § 17 [7].
35 § 9 [3], § 125 [28].

Digitized by Google

14. Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H.

§§
4 § 22 [7].
13 § 6 [1], § 17 [24].
15 § 222 [6].
41 § 38 [3].
41 Abs. 4 § 1 [64].
44 § 38 [3].
47 Nr. 7 § 48 [4].
62 Exk. zu § 346 [45].
71 § 38 [3].

15. Reichsstrafgesetzbuch.

§§
2 § 314 [13].
34 Exk. vor § 373 [55].
43 ff. § 312 [2].
47 ff. § 312 [2].
185 § 210 [5].
185 ff. Exk. zu § 346 [39].
187 § 124 [3].
191 Exk. zu § 349 [26].
193 Exk. zu § 349 [27].
246 ff. § 105 [37].
259 § 202 [21].
263 § 347 [2], § 384 [18].
266 § 72 [2].
286 Exk. vor § 373 [55].
288 Exk. zu § 346 [12].
302a Exk. zu § 346 [22].
302e Exk. zu § 346 [15].
321 Exk. vor § 373 [55].

Art. 16. Wechselordnung.

11 ff. § 222 [8], § 365 [1] ff.
14 § 363 [31], § 395 [3].
15 § 395 [3].
17 § 395 [3].
36 § 222 [13] ff., § 365 [7, 8, 11].
38 § 364 [18].
39 § 364 [18].
50 § 352 [12].
51 § 352 [12].
74 § 222 [13] ff., § 365 [9, 11], § 366 [57].
75 § 222 [14].
81 § 352 [12].
82 § 364 [5] ff., Exk. zu § 376 [1] ff., [73], § 395 [4] ff.

17. Börsengesetz v. 22. Juni 1896.

§§ Exk. zu § 376.
28 Exk. zu § 376 [20].
29 ff. § 93 [5] ff.
33 § 100 [8], § 101 [2].
36 Exk. zu § 376 [38].
43 ff. § 203 [12] ff.
48 Exk. zu § 376 E, [2] ff., [4] ff., [32] ff.
50—52 Exk. zu § 376 [40] ff.
55 § 17 [11].
66 § 48 [1], § 355 [30]; (Abs. 4) Exk. zu § 348 [7].
66 ff. Exk. zu § 376 E, [3], [4] ff., [32] ff.
67 Exk. zu § 376 [36].
68 Abs. 1 Exk. zu § 376 [30] ff.
69 Exk. zu § 376 [33] ff.
75 § 312 [1], Exk. zu § 318 [1] ff.
78 Exk. zu § 376 [38].
79 § 232 [46].
79 Nr. 2 § 401 [9].

18. Bankgesetz v. 14. März 1875.

§§
2 § 361 [5].
66 § 1 [69], § 33 E.

19. Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899.

§§
5 Abs. 3 § 6 [3].
25 § 40 [7].
26 § 40 [7].
47 § 289 [5].

20. Reichsgesetz vom 5. Juli 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere (Depotgesetz). Exk. zu § 424, § 1 [1], [68], § 38 [8].

§§
1 Exk. zu § 424 [7] ff.
2 § 368 [87], § 252 [8], Exk. zu § 424 [4], § 397 [2].
3 § 383 [29], § 384 [46] ff.
3 Abs. 1 § 384 [44].
4 § 384 [46].
5 § 384 [46] ff.
7 Exk. zu § 382 [99], § 383 [27] ff.
8 § 397 [2], § 400 [18], [32].
8 Abs. 1 § 369 [21].
8 Abs. 2 § 366 [86], § 369 [10].
8 ff. § 1 [1].
9 § 44 [6].
10 Exk. zu § 424 [7] ff.
13 § 4 [28].

21. Verlagsrecht, Gesetz vom 19. Juni 1901.

§ 1 [78] ff.

22. Totalisatorgesetz vom 5. Juli 1905.

Exk. zu § 376 [65].

23. Reichsgesetz betr. Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§§
6 § 196 [5].
6 ff. § 259 [4].
8 § 17 [22].
11 § 254 [16], § 266 [15].
12 § 254 [20], § 266 [15], § 296 [4].
18 § 14 [13] ff.
19 § 266 [15].
20 § 14 [4], § 198 [4], § 277 [1], § 295 [12], § 266 [15].
20 ff. § 14 [4] ff., [9] ff.
28 § 254 [20], § 266 [15].
29 § 14 [13] ff.
34 § 9 [2], Exk. zu § 9 [1], § 257 [3].
99 § 166 [7].
125 ff. § 8 [2] ff.
126 § 14 [15].
126 ff. § 2 [18], § 309 [16].
127 § 148 [1], § 273 [22].
128 § 11 [3], § 12.
129 Exk. zu § 8 [7].
131 § 13 [9], § 26 [5], § 201 [13, 17].
132 ff. § 2 [18], § 14 [3] ff., § 319 [2].
133 § 14 [2].
140 ff. § 19 [3], § 37 [8].
141 § 31 [5].
141 ff. § 14 [1].
142 § 5 [5], § 13 [8], § 31 [3], § 37 [22], § 50 [2], § 180 [6].
142 ff. Exk. zu § 8 [5], § 309 [16], § 277 [7], § 284 [7], § 273 [26].
144 § 198 [4], § 310 [3], § 311 [1].
145 § 302 [7].
145 ff. Exk. zu § 8 [4], § 146 [9], § 147 [2] ff., § 166 [7], § 194 [2], § 302 [18], § 295 [6], § 254 [16, 26].
146 § 302 [12], § 266 [15], § 254 [20].
162 § 9 [3].
164 Exk. zu § 379 [2], § 438 [14].
166 § 368 [49].
167 § 12.
167 ff. § 350 [54].
168 § 17 [12].
168 ff. § 259 [2].
176 ff. § 17 [12].
182 § 350 [54].
199 § 266 [15].
200 § 255 [5].

Digitized by Google

24. Gerichtsverfassungsgesetz.

§§
9 Abs. 1 § 14 [11].
18 Exk. zu § 372 [12].
27 Z. 1 § 312 [3].
27 Z. 2 § 312 [3].
70 § 36 [10].
73 Z. 1 § 313 [3].
101 § 1 [61], § 5 [4].
101 Nr. 3a § 272 [3].
102 § 272 [3].
113 § 4 [28].
118 §§ 346 [13].
186 § 17 [22].
199 § 14 [13].

25. Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

§ 13 Exk. zu § 47 E.

26. Zivilprozeßordnung.

§§
3 Exk. vor § 373 [74].
4 § 377 [71].
17 §§ 106 [4], § 124 [17], § 182 [17], § 210 [13], § 294 [3].
21 §§ 5 [4], § 13 [3], § 13 [16], 13 [18].
22 §§ 124 [17], § 219 [8], § 241 [32], § 294 [3], § 335 [11].
22 ff. § 140 [1].
23 § 38 [9], Exk. zu § 372 [12].
29 § 241 [32], Exk. zu § 372 [23], Exk. v. § 373 [74], § 377 [75, 84, 89, 106, 168], § 430 [15].
31 § 88 [18].
32 §§ 241 [32].
33 Exk. zu § 372 [12].
41 ff. § 210 [3].
51 § 231 [4].
52 E [50], § 1 [21].
56 § 124 [9].
57 §§ 128 [25], § 126 [14], § 232 [49], § 272 [5].
57 Abs. 1 § 210 [10].
59 ff. § 140 [1].
62 § 124 [16], § 272 [9].
81 Exk. zu § 374 [112].
85 § 126 [5].
91 Exk. zu § 379 [6].
93 §§ 133 [5], § 353 [11], § 371 [3], § 368 [98].
104 Exk. zu § 379 [6].
108 § 272 [10].
113 §§ 272 [10].
124 §§ 105 [45].
130 Z. 1 § 272 [3].
138 § 133 [10].
139 §§ 377 [124].
147 §§ 272 [9].
155 §§ 376 [25].
171 § 126 [7].
171 Abs. 3 § 48 [10, 15], § 124 [10], § 231 [4], § 272 [14], Exk. zu § 374 [79].
185 §§ 149 [24], § 231 [4], § 232 [49].
231 Abs. 2 § 272 [10].
236 Abs. 2 § 124 [20].
239 ff. § 306 [12].
241 § 210 [11].
246 § 124 [18], § 124 [11].
253 Abs. 4 § 272 [3].
254 § 91 [5], Exk. zu § 141 [29], § 340 [14], § 384 [32].
255 Exk. vor § 373 [33], Exk. zu § 374 [34, 80, 98, 149, 152], § 375 [7].
256 § 204 [3].
257 ff. § 70 [12].
264 § 17 [34], § 133 [6].
265 §§ 17 [40], § 17 [41].
268 § 368 [105], § 377 [70].
268 Nr. 3 Exk. zu § 374 [108].
274 Nr. 1 Exk. zu § 376 [28].
275 § 377 [138].
280 § 70 [21].
286 Exk. zu § 47 E, § 102, § 346 [12], § 388 [4], § 384 [20].
287 §§ 347 [24, 27], § 373 [38], § 377 [87, 172], Exk. zu § 374 [61, 139, 144, 29, 33, 90].
288 § 350 [2].
292 § 344 [4], § 344 [3, 12], § 459 [16], § 460 [3].
293 Exk. zu § 372 [11].
295 Exk. zu § 376 [28].
304 § 384 [32].
313 §§ 17 [29].
322 §§ 377 [59, 62, 164].
328 §§ 377 [140].
355 §§ 46 [4].
383 Nr. 5 Exk. zu § 349 [36].
384 Nr. 3 Exk. zu § 346 [44].
384 Nr. 5 Exk. zu § 346 [44].
385 Abs. 2 Exk. zu § 349 [36].
415 § 12 [6].
415 ff. Exk. vor § 373 [80].
416 § 94 [1], § 350 [69], § 426 [3].
419 Exk. zu § 47 [3].
422 § 45 [1].
427 § 45 [6].
429 ff. § 102.
434 § 46 [4].
439 ff. § 350 [69].
471 ff. § 126 [6].
473 § 149 [21], § 231 [4].
474 § 231 [4].
475 § 368 [105].
476 § 149 [21].
478 § 49 [4].
485 § 377 [139], Exk. zu § 379 [4].
487 Exk. zu § 379 [5].
488 § 377 [139], Exk. zu § 379 [1] ff., § 437 [6].
491 Exk. zu § 379 [5].
510 § 350 [2].
546 § 73 [7].
547 Nr. 2 § 272 [3].
561 § 346 [12].
580 § 349 [18].
582 §§ 38 [7].
592 Exk. zu § 376 [47].
597 Exk. zu § 376 [47].
606 E [64].
707 § 377 [66].
717 § 16 [6].
719 § 347 [66].
726 Exk. vor § 373 [80].
727 § 17 [40], § 17 [42], § 28 [7], § 306 [13].
727 ff. § 17 [45] ff.
729 § 28 [8], § 25 [30], § 303 [17].
731 § 17 [42, 40].
732 § 377 [66].
735 Exk. zu § 346 [30].
736 § 124 [22].
739 E [52, 53].
740 E [52, 54].
740 ff. E [72].
741 E [51].
756 Exk. vor § 373 [80].
765 Exk. vor § 373 [80].
766 E [53], § 124 [24], § 369 [53], § 368 [53], § 377 [66], § 397 [7].
767 § 129 [6] ff., § 171 [18], Exk. zu § 374 [149, 152].
769 § 377 [66].
771 E [53], § 124 [15, 24], § 306 [17], § 369 [59], § 366 [14], § 368 [38], § 392 [5], § 397 [7].
774 E [55].
777 § 349 [19], § 368 [36, 40].
780 Exk. zu § 374 [159].
794 § 16 [2].
794 Nr. 1 § 350 [2].
794 Abs. 2 E [52].
804 § 368 [79], Exk. zu § 382 [6].
805 §§ 369 [59], § 397 [7].
806 §§ 373 [38], § 377 [122].
808 E [72], § 223 [14], § 371 [4].
809 § 369 [59].
811 [11] § 38 [9].

Digitized by Google

§§
816 § 368 [83].
816 Abs. 2 § 368 [51].
818 § 368 [52].
820 § 377 [122].
821 § 371 [4].
821 ff. § 223 [14].
825 § 366 [49], § 377 [122].
827 § 419 [8].
829 § 135 [3, 4].
829 Abs. 3 § 357 [3].
829 ff. Exk. zu § 365 [10].
831 § 371 [4], § 447 [5].
836 Abs. 3 § 447 [5].
844 § 368 [83], § 435 [1].
846 § 135 [4], § 447 [5].
847 § 419 [8].
850 § 59 [47].
851 § 109 [17], § 212 [16], § 200 [17], § 222 [3, 11], § 355 [17].

§§
857 § 109 [17], § 135 [4], § 200 [17], § 222 [3, 11], § 419 [8].
857 Abs. 1 Exk. zu § 424 E.
859 § 109 [17].
861 E [70].
883 ff. Exk. vor § 373 [83], § 377 [98].
887 § 76 [7], § 92 [2].
887 ff. § 70 [15], § 350 [2], Exk. vor § 373 [82], § 375 [5].
888 E [64], § 128 [16], § 73 [7], § 76 [7], § 260 [2], Exk. zu §§ 382 [16].
890 §§ 61 [5].
893 §§ 91 [6], Exk. vor § 373 [93], § 377 [98].
894 §§ 16 [2], § 37 [22], § 295 [9], § 350 [2], § 366 [2].
894 ff. § 350 [27].

§§
896 § 37 [22].
897 §§ 366 [2].
899 §§ 377 [60].
929 §§ 127 [7].
935 § 368 [46].
935 ff. § 140 [7].
938 § 117 [6], § 127 [7], § 340 [12], § 373 [29].
940 § 368 [46].
946 ff. § 228 [1] ff.
1003 ff. § 228 [1] ff., § 365 [13], § 381 [3].
1008 § 381 [8].
1016 § 381 [8].
1018 § 365 [13].
1019 § 381 [8].
1020 § 381 [8].
1025 ff. Exk. zu § 346 [36].
1026 § 355 [24].

27. Reichsgewerbeordnung.

§§
1 Exk. zu § 346 [10].
6 § 59 [22].
6 Abs. 1 § 1 [9].
8 Nr. 2 Exk. zu § 346 [10].
8 Nr. 10 Exk. zu § 346 [10].
12 § 6 [3].
15a Exk. zu § 37 [1] ff.
16 § 7 [2].
29 §§ 7 [2], § 1 [9].
31 § 7 [2].
32 §§ 2 [3].
33 § 7 [2].
34 Exk. vor § 93 [44].
35 Exk. vor § 93 [44].
38 Exk. vor § 93 [44].
43 ff. § 7 [2].
44 § 84 [32].
44a § 84 [32].
53 Exk. vor § 93 [44].
55 ff. § 7 [2].

§§
75a Exk. vor § 93 [44].
105a ff. § 59 [28].
113 ff. § 73 [1] ff.
120 § 22 [29], § 76 [18].
120a § 62 [5].
123 Exk. zu § 346 [28].
126b § 76 [4].
127a §§ 76 [9].
127b § 77 [1].
127e § 78 E, [1] ff.
127f § 79 [1].
128 § 81 [2].
139 Exk. vor § 93 [44].
139c ff. § 59 [28].
139g ff. § 62 E.
139l § 76 [18].
139l § 81 [2].
147 ff. Exk. vor § 93 [44].
154 § 59 [20], [28].
1009 Exk. zu § 346 [29].

28. Gewerbegerichtsgesetz.

§ 26 ff. Exk. zu § 59 [5]b.

29. Gesetz betr. Kaufmannsgerichte vom 6. Juli 1904.

§ 59 [5] ff.
§ 1 § 1 [1].
§ 5 Nr. 6 § 74 [1].

30. Lohnbeschlagnahmegesetz vom 21. Juni 1869. § 59 [47].

§ 2 § 59 [47].

31. Konsulargerichtsbarkeitsgesetz vom 7. April 1900.

§ 7 Nr. 2 § 8 [4].

32. Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899. § 453 [1] ff.

§§
1 I Nr. 1 § 454 [2].
6 § 472 [8].
7 §§ 453 [14], § 470 [4], § 461 [2].
9 §§ 472 [11].
14 §§ 472 [16].
21 §§ 472 [16].
26 §§ 472 [18].
30 §§ 453 [5].
32 §§ 453 [5].
33 Ziff. 1 § 426 [18].
34 § 465 [1] ff.
34 Abs. 6 § 472 [10].
35 Abs. 2 § 465 [4].
37 § 458 [3].
39 §§ 453 [5].
40 § 426 [18], § 453 [5].
43 § 426 [18], § 453 [5].
44 Abs. 1 § 459 [11].

§§
45 § 426 [18], § 453 [5].
50 §§ 453 [12].
50 B. 2 § 429 [20], § 456 [17].
51 Nr. 1 m. § 426 [14].
53 Abs. 7—12 § 470 [4].
53 Abs. 7 ff. § 426 [16].
54 § 426 [3].
54 Abs. 5 § 455 [4].
54 Nr. 1 § 453 [5].
55 § 453 [13].
57 Abs. 4 § 455 [2].
58 Abs. 3 § 456 [15].
59 Abs. 2 § 427 [6].
61 Abs. 2 § 439 [2].
61 Nr. 5 § 470 [6].
64 § 433 [3, 4].
64 Abs. 2 § 455 [4].
65 § 428 [6], § 456 [9].

§§
65 Abs. 4 § 455 [4].
68 § 458 [3].
70 § 437 [4].
73 Abs. 2 § 455 [4].
74 §§ 432 [10], § 469 [5, 10].
75 §§ 456 [1], § 472 [11].
76 §§ 468 [3].
78 §§ 460 [5].
79 §§ 429 [5], § 456 [3].
81 §§ 461 [2], § 462 [1].
81 ff. § 461 [7].
82 §§ 430 [5].
83 §§ 426 [12].
84 § 463 [1].
86 ff. § 466 [3] ff.
90 §§ 438 [14].
90 Nr. 4 § 464 [1].
91 § 470 [3, 6].

Digitized by Google

33. Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871.
§ 472 [19].

34. Postgesetz (Gesetz über das Postwesen v. 28. Okt. 1871/ 20. Dez. 1899).
§ 6 Abs. 5, § 452 [4].
§ 48 § 452 [3].

35. Postordnung v. 20. März 1900/8. April 1901.
§ 42 § 452 [3].

36. Reichsgesetz v. 25. Dez. 1899. (Privatpostanstalten.)
§ 425 [5].

37. Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895/30. Mai 1898.
§ 425 [6].
§ 26 § 432 [2], § 451 [1].
§§ 26 ff. § 425 [6].
§ 72 § 444 E.
§ 73 § 446 [2].
§ 94 446 [2].

38. Flößereigesetz v. 15. Juni 1895.
§ 425 [6].

39. Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869.
§ 97 ff. § 416 [4].

40. Münzgesetz v. 9. Juli 1873.
Art. 14 § 1 § 361 [5].

41. Gesetz vom 30. April 1874. (Papiergeld.)
§ 5 § 361 [5].

42. Strafprozeßordnung.
§ 414 § 17 [24].

43. Preßgesetz.
§ 20 Exk. zu § 318 [12] ff.
§ 22 Exk. zu § 318 [15].

44. Genossenschaftsgesetz.
§ 17 § 6 [1].
§ 81 Exk. zu § 346 [45].

45. Krankenversicherungsgesetz.
§ 1 Abs. 4 § 63 [4].

46. Reichsgesetz v. 9. April 1900 betr. Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit.
Exk. vor § 373 [16].

47. Reichsmilitärgesetz.
§ 43 § 7 [2].

48. Reichsbeamtengesetz.
§ 16 § 7 [2].

49. Reichsstempelgesetz vom 27. April 1894. Fassung vom 14. Juni 1900.
§ 189 [30].
§ 4 § 278.
§ 5 § 222 [24], (Abs. 2) § 290 [16].
§ 8 Abs. 2 Exk. zu § 376 [6].
§ 9 ff. § 95 [6].
§ 10 § 350 [38].
§ 13 § 179 [14] ff., § 29.
§ 14 ff. § 95 [6].
§ 18 § 306 [22].
§ 19 § 350 [38].
Tarif Nr. 2a § 213 [17].
Tarif Nr. 4 § 281 [11], § 306 [22].
Tarif Nr. 4a § 305 [27].

50. Reichsstempelgesetz vom 3. Juni 1906.
§ 34 § 426 [19].

II. Gesetze (einschließlich Verordnungen) einzelner Bundesstaaten.

a) Preußen.

51. Preuß. Ausführungsgesetz zum BGB.
Art. 7 § 2, § 6 [3].
Art. 13 § 93 [5].

52. Preuß. Ausführungsgesetz zum HGB. v. 24. Sept. 1899.
§ 4 [22].
Art. 1 § 30 [13].
Art. 4 Exk. zu § 346 [45].

53. Preuß. Gesetz betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Art. 31 § 9 [2].
Art. 35 § 9 [2].
Art. 57 § 9 [2].
61 Abs. 2 § 257 [3].
61 ff. § 259 [4].
84 ff. § 259 [4].

54. Allgemeine Verfügung des preuß. Justizministers über die Führung des Handelsregisters vom 7. November 1899.
§ 34 § 310 [3].

55. Preuß. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher.
§ 48 E [78].

56. Preußisches Gesetz über die Handelskammern.
§ 2 ff. § 1 [1].

57. Preuß. Gesetz v. 3. Nov. 1838 (Eisenbahn.)
§ 7 § 235 [11].
§ 25 § 472 [19].

58. Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
§ 190 I [17] § 111 [7].
§ 284 ff. I [5] Exk. zu § 58 [26].

59. Preußisches Strafgesetzbuch.
§ 270 Exk. zu § 346 [12].

60. Preußisches Berggesetz (vom 24. Juni 1865).
§ 1 [40]; Exk. zu § 376 [4].

61. Preuß. Stempelsteuergesetz.
§ 5 § 304 [13], § 228 [7], § 229.
§ 32 § 304 [13].
Tarif Pos. 2 § 222 [24].
Tarif 2 Abs. 3 § 223 [15].
Pos. 25 Abs. 2 § 292 [18].
Tarif Nr. 25 D. Exk zu § 141 [33], § 333 [8], § 145 [11], 179 [16] ff
Tarif Nr. 32 § 22 [38].
Pos. 58 II § 213 [17].

b) Hessen.

62. Hessisches Polizeistrafgesetz (vom 30. Oktober 1855).
Art. 381 Exk. zu § 346 [12].

63. Hessisches Ausführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch.
Art. 4 Exk. zu § 346 [45].

c) Sachsen.

64. Sächs. Ausführungsgesetz zum BGB.
§ 32 Exk. zu § 346 [45].

d) Sachsen-Weimar.

65. Ausführungsgesetz z. HGB.
Art. 2 Exk. zu § 346 [45].

66. e) Corpus Juris.
l. 17 § 1 D. de R. J. § 109 [21].
c. 11 § 2 D. 88 § 1 [44].

f) Elsaß-Lothringen.

67. Code pénal.
Art. 412 Exk. zu § 346 [12].

III.

68. Berner Vertrag.
Art. 1 § 454 [2].
Art. 8 Abs. 5 § 455 [1].
Art. 15 Abs. 2 § 455 [1].
Art. 21 § 440 [14].

Digitized by Google

Alphabetisches Sachregister.

Bearbeitet von Rechtsanwalt Arthur Schindler.

(Die großen arabischen Zahlen verweisen auf die Paragraphen des Handelsgesetzbuchs, die kleinen danebenstehenden Zahlen auf die zu jenen Paragraphen gehörigen Anmerkungen des Kommentars. E bezeichnet die Einleitung zu Beginn des Kommentars, E die Einleitung zu Beginn der einzelnen Paragraphen. Exk. bedeutet Exkurs. Die römischen Ziffern und Buchstaben verweisen auf die bei einzelnen Stichwörtern gemachten Unterabteilungen.)

A.

Abänderung des Statuts einer Aktien-Komm.-Ges. § 320 [108]; eines Vertrages nach § 313 BGB. § 350 [20, 40]; Offertenannahme unter A. Exk. zu § 361 [59] ff.; des Statuts einer AktGes. s. Aktiengesellschaft sub B; s. Änderung.

Abberufung von Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft § 147; s. AktGes., Liquidator H III; s. Vorstand, Revisor.

Abbestellen, der Generalversammlung § 253 [7].

Abbruch, Kauf auf A. § 1 [38]; s. Kauf.

Abfindung s. offene Handelsgesellschaft VI.

Abgehen s. Rücktritt.

Abgeleitete Firmen §§ 22 ff.; s. Firma.

Abhalten von Mitbieten bei Versteigerung. Exk. zu § 346 [12].

Abhandengekommene Gegenstände, Erwerb § 366 [45] ff.; Pfand § 366 [54] ff.; s. Abhandenkommen.

Abhandenkommen s. Aufgebot, Kraftloserklärung, Inhaberpapier, Proben; von Aktien, Interimsscheinen, Dividendenscheinen § 228 [1] ff.; s. Abhandengekommen.

Abholzung, Pacht § 350 [30].

Abladeklausel § 376 [38].

Ablauf des Gesellschaftsvertrages § 131 [5]; s. Zeitablauf, Nachfrist.

Ablehnung eines Antrages Exk. zu § 361 [19] ff.; der Erfüllungsannahme, Kauf Exk. zu § 374 [93] ff.; s. Offerte, Schweigen, Antwort, Geschäftsverbindung.

Ablieferung von Briefen und anderen Sendungen Exk. zu § 361 [5] ff.; des Frachtgutes § 429; Mängelrüge, rechtzeitige seit A. § 377 [16] ff.; s. Erfüllungsort, Frachtgeschäft, Eisenbahn.

Ablieferungshindernisse, Pflichten und Rechte des Frachtführers § 437 [1] ff.

Abnahme und Zahlung, Klage auf Exk. vor § 373 [74] ff.; Streitwert ebd.; s. Annahme.

Abnahmepflicht des Käufers Exk. vor § 373 [67] ff., § 373; s. Kauf IV, VI, Gerichtsstand, Erfüllungsort.

Abnahmeverzug des Käufers, Unterschied von Annahmeverzug § 374 [5]; des Käufers Exk. zu § 374 [165] ff., § 374 [5]; s. Kauf VI.

Abnutzung, Entgelt des Kaufmanns für § 354 [1] ff.; in Bilanz der Aktiengesellschaft § 261 [38].

Abonnement von Zeitschriften, Kauf Exk. vor § 373 [3, 19]; s. Kauf.

Abrechnung, Agentenprovision § 88 [14]; A. zwischen Prinzipal und Provisionsgehilfen, Buchauszug § 65 [2]; Form des Anerkenntnisses bei A. § 350 [15] ff.; A. als Handelsgeschäft § 344 [1] ff.

Abrede s. Vertrag, Vertraglich, Ausschluß.

Abrollung, Kosten der A. Exk. zu § 382 [125].

Abruf, nach Bedarf § 346 [17]; Kauf auf Exk. zu § 359 [4]; Sukzessivlieferungsgeschäfte Exk. zu § 374 [135]; Unterlassen des A., Leistungsverzug Exk. zu § 374 [168] ff.; s. Kauf II.

Abschlagszahlung durch Liquidator einer o. HG. Verjährungsunterbrechung § 160 [5]; s. Dividende.

Abschlußvollmacht s. Handlungsagent IV, Vollmacht, Vertretung.

Abschreibungen in Bilanz § 40 [9]; vom Grundkapital einer AktGes., Amortisation § 227 [7]; s. Tantieme, Bilanz, Reservefonds.

Abschriften aus dem Handelsregister § 9 [1] ff.; des Protokolls der Generalversammlung § 257 [2]; der Jahresrechnungen der AktGes. § 263 [2]; der Tagesordnung für Generalvers. § 256; s. Kopierbuch, Duplikat.

Absendung der Mängelanzeige § 377 [26].

Absichtliche Benachteiligung einer AktGes. § 312; s. Arglist, dolus.

Absolute Handelsgeschäfte § 1 [31]; Nichthandelsgeschäfte § 343 [21].

Abstimmung, Gewinnverteilung § 260 [5]; Erhöhung des Aktienkapitals § 278 [9] ff.; Aktienkapitalsherabsetzung § 288 [12]; gesonderte Ab-

Digitized by Google

stimmung bei Vorzugsaktien § 275 Abs. 3; Stimmenkauf § 317; s. Stimmrecht, Generalversammlung; s. AktGes. F III, IV.

Abstimmungsmodalitäten bei Statutenänderung einer AktGes. § 275 [1]ff.

Abstrakte Schadensberechnung, Zahlungsverzug Exk. zu § 374 [25]ff.

Abstrakter Schaden Exk. zu § 374 [60]; s. Schadenersatz.

Abstraktes Schuldversprechen § 350 [11]ff.; s. Schaden.

Abtretbarkeit, Anspruch des Handlungsgehilfen? § 59 [47]; der Kontrollrechte des Handlungsgehilfen § 65 [8]; der Vertragsstrafe § 348 [38]; einzelne Kontokorrentposten? § 355 [7, 17]; des Saldos § 357 [8]; s. Übertragung, Abtretung.

Abtretung von Gesellschaftsrechten o. HG. § 109 [11]ff.: von Hypotheken und Grundschulden § 350 [25]; Rechte aus Kontokorrent § 357 [8]; Rechte des Zessionars aus Kaufvertrag Exk. zu § 374 [2]; von Wertpapieren, s. Wertpapiere; des Anteilrechts des Einlagerers § 419 [8]; s. Indossament, Abtretbarkeit, Namensaktie, AktGes. C I, Unterbeteiligung.

Abweichungen, unerhebliche, von zugesicherten Eigenschaften § 377 [44].

Abwesende, Annahme eines Antrages Exk. zu § 361 [35]ff.

Abweichung s. Mängel, unerheblich.

Abwicklung s. Börsentermingeschäfte.

Abwicklungsgeschäfte einer nichtigen AktGes. § 311, s. o. HG. VI, VII; s. Liquidation.

Abwicklungsgesellschaft § 131 [1]ff.; s. Liquidation.

Abzahlungsgeschäft Exk. zu § 382 [72, 63]ff.

Abzüge (Dekorts), Porto, Bestellgeld, Zahlungsverzug? Exk. zu § 374 [11]; Abz. von Tara, Refaktien § 380 [1]ff.

Acc . . ., s. Akz . . .

Accord, s. Akkord.

Acht Tage, Frist von § 359 [2].

Achterklärung, Syndikatsmitglied Exk. zu § 346 [41].

Act . . . s. Akt.

actio judicati o HG. § 159 [1]; § 124 [25]; **Pauliana,** s. Paulianisch; redhibitoria § 377 [58]ff.; quanti minoris § 377 [70]ff.; s. Kauf V 3, Wandelung.

actions gratuites § 178 [18].

actio quanti minoris s. Kauf V 3.

actio redhibitoria s. Kauf V 3.

Adelsprädikat, Firmenzusatz § 18 [8]ff.

Adreffat s. Brief, Vertrag, Frachtgeschäft, Eisenbahn.

Aen, s. än.

Affektionsinteresse bei Vertragsstrafe § 348 [22].

Afterbürge § 349 [48]; s. Bürge.

Agent, Zurückbehaltungsrecht des Agenten § 369 [48]; s. Handlungsagent; Mängelanzeige § 377 [27]ff.

Agentur, keine Zweigniederlassung § 13 [5].

Agio, Reservefonds § 262 [15]ff.; Aktienkapitalserhöhung § 278 [5, 6, 12]ff., § 284 [2].

Akkordvertrag Exk. zu § 350 [1]ff.; Bürgschaft Exk. zu § 350 [16]; Zustimmung aller Gläubiger? Exk. zu § 350 [3]; gleiche Behandlung? Exk. zu § 350 [8]; Nachzahlungsversprechen Exk. zu § 350 [9].

Akkreditierung s. Kredit.

Aktie, Übernahme durch Simultangründer, kein Anschaffungsgeschäft § 1 [37]; Begriff § 178 [1]ff., § 179 [1]ff.; s. Kommanditges. auf Aktien; s. Aktiengesellschaft sub C I; s. Wertpapiere. Pfandverkauf § 368 [50]; Zurückbehaltungsrecht an § 369 [15]; Nichtlieferbarkeit, Mangel § 377 [117]; s. Wertpapiere.

Aktienbuch § 222 [1]ff.; Miteigentum an einer Aktie § 225 [2], § 223 [1]ff., [16]; Hinterlegung nach Auflösung § 302; s. AktGes. sub C I.

Aktienbezugsrecht § 278 [9, 19], § 282 [1], § 283 [2]; s. AktGes. sub C I, II, E

Aktiendeposition s. Aktien, Hinterlegung.

Aktienerwerber s. AktGes. sub C I.

Aktiengattungen § 275 [1]ff.; s. AktGes. sub C I.

Aktiengesellschaft §§ 178ff.

A. Allgemeines.

Wesen § 178 [15]ff.; Firma und Sitz § 182 [16]ff., § 22 [12], s. Firma; Sitzverlegung § 182 [17]; Gegenstand des Unternehmens § 182 [18]ff.; dgl. Änderung § 275; Gesellschaftsvertrag § 182 [1]ff.; s. unten B; Bekanntmachung der Gesellschaft § 182 [26]; AktGes. im Grundbuchverkehr § 182 [16], § 200 [7]; Eintragungen und Publikation s. unten D VI; Entstehung der AktGes. durch Eintragung § 200; Vorgesellschaft § 200 [6]ff.; insb. Grundstückserwerb § 200 [7]; juristische Selbständigkeit § 178 [22, 6], § 210 E, [1]ff.; Haftung für Delikte § 210 [5]ff.; öffentlich rechtliche Rechte und Pflichten § 210 [6]; Parteifähigkeit § 210 [7]; nicht prozeßfähig § 210 [8]; Offenbarungseid § 210 [9]; Wirkung der Auflösung auf schwebendes Verfahren § 210 [11]; s. unten Auflösung H; Gerichtsstand § 210 [13]; AktGes. gilt als Handelsgesellschaft § 210 [14]ff.; Handelsgeschäfte? § 210 [15]; Naturalleistung der Aktionäre § 212, s. unter C II; Verbot des Erwerbes eigener Aktien § 226 [1]ff.; Verfassung und Geschäftsführung §§ 231ff.; s. unten F; Beamte § 238 [16, 18]; Handeln seitens Vorstandes einer AktGes. § 232 [31]ff.; Sanierung § 290 [12]; alle Aktien in einer Hand § 292 [15]; Nichtigkeit, s. unten sub H II; Strafbestimmungen, s. sub J; AktGes. als stiller Gesellschafter § 335 [26, 5]; Gründung s. unter D; Prokura § 238 [1]ff.; Zweigniederlassung § 201 [1]ff.; Handelsbücher § 38 [35]; s. unten Vorstand.

Übergangsfragen § 178 [1]ff.; subsidiäre Anwendbarkeit des BGB. § 178 [4]; Vereine? § 178 [6]; Ausländische AktGes. § 178 [13].

B. Das Statut.

I. Notwendigkeit u. Bedeutung § 182 [1]ff.: vorgeschriebene Form, Mitwirkende, Bevollmächtigte § 182 [3]ff.; Gründereigenschaft § 182 [6]; gerichtlich oder notariell § 182 [13]ff.; absolut

Digitized by Google

Aktiengesellschaft.
notwendiger Inhalt § 182 [15]; (Firma, Sitz, Gegenstand, Kapital, Aktienbetrag, Vorstand, Einberufung, Bekanntmachung) § 182 [16] ff.; Auslegung § 182 [30]; Veröffentlichung der Eintragung § 199 [1] ff.; Nichtigkeit der AktGes. wegen Mängel des Statuts §§ 309 ff.

II. Änderungen des Statuts § 274 [1] ff., §§ 275 ff.; redaktionelle Fassung durch Aufsichtsrat § 274 [3]; Sitzverlegung § 274 [1]; Kapitalsänderung § 274 [1]; Erfordernisse des GVBeschlusses auf Statutenänderung § 274 [6]; materieller Inhalt einer Änderung § 274 [8] ff.; Eingriff in Sonderrechte § 274 [10]; Abstimmungsmodalitäten bei den verschiedenen Statutenänderungen § 275; Änderung des Unternehmens § 275 [3]; des Verhältnisses mehrerer Aktiengattungen § 275 [4] ff.; Stempelfragen § 275 [8]; Ä. von Leistungspflichten der Aktionäre §§ 276, 212; Anmeldung, Eintragung der Ä. § 277 [1] ff.; Bekanntmachung § 277 [2]; Wirkung der Eintragung § 277 [4, 6] ff.; Ä. eines konzessionspflichtigen Unternehmens § 277 [5]; Statutenänderung wegen Heilung der Nichtigkeit § 310 [3]; während Liquidation § 294 [11]; s. unten sub H.

III. Bestimmungen des Statuts über: Aktienart § 183; Überpariemission § 184 [8]; Vorzugsaktien § 185; Sondervorteile, qualifizierte Gründung, Gründerlohn § 186; Naturalleistungen § 212; über diesbezügliche Vertragsstrafen § 212 Abs. 2; Gewinnverteilung § 214 [1] ff.; Bauzinsen § 215 [6]; Amortisation § 227 [1] ff.; Einzahlungsaufforderung § 218 Abs. 3; Firmenzeichnung § 233; Prokurabestellung § 238 [1] ff.; über Sorgfaltsmaß des Vorstandes § 241 [1]; Amtsniederlegung des Aufsichtsrats § 243 [11]; Obliegenheiten des Aufsichtsrats § 246 [10]; Stimmenmehrheit § 251 [2]; über Berufung der Generalversammlung und Aktienhinterlegung § 255 [1] ff.; über Bilanzverwertung § 261 [5] ff.; freiwillige Reservefonds § 262 [29] ff.; Aktienbezugsrecht? § 282 [8] ff.; Kapitalsherabsetzung §§ 288 ff.; Auflösungsbeschluß § 292; Liquidatorenberufung § 295 [2]; Veräußerung des Gesamtvermögens § 303; Erhöhung der Aktionärpflichten? § 276.

C. Aktie, Aktionär, Interimsschein, Genußschein.

I. Aktie: Begriff § 178 [18] ff., § 179 [1] ff.; Unteilbarkeit § 179 [1]; Arten § 179 [2]; (Namens-, Inhaberaktie) § 179 [2], §§ 180, 223 [16] ff.; Versicherungsgesellschaften, A.-Ausgabe § 179 [3]; selbständige Sache? § 179 [8] ff.; Wertpapiere § 179 [8]; Ausgabe obligatorisch § 179 [10]; äußere Form der A. § 181 [1] ff.; insb. bei Naturalleistungen § 212 [25] ff.; Stempelpflicht § 179 [13] ff.; Mindestbetrag § 180 [1] ff.; verschiedene Beträge § 180 [2]; Zuwiderhandlungen gegen Mindestbetrag § 180 [3], §§ 209 ff., 310; zulässige Ausnahmefälle betr. Mindestbetrag § 180 [3] ff.; vinkulierte Namensaktie, Ausgabe unter Mindestbetrag § 180 [10], § 209; Reichswährung § 180 [15]; Form der A.-Unterzeichnung § 181; Festsetzung der Mindesthöhe im Statut § 182 [20]; Umwandlung der Aktienart § 183 [2] ff.; gesetzwidrige Ausgabe § 183 [4]; Verbot der Unterpariemission § 184 [1] ff.; Überpariemission § 184 [2]; Vorzugsaktien § 185 [1] ff.; Art der Vorzugsrechte § 185 [4] ff.; Zeichnungsschein s. unten D III; Veröffentlichung des Aktienbetrages § 199; unzulässige Ausgabe vor Eintragung der AktGes. § 200 [18], § 209; Zweigniederlassung einer inländischen AktGes. § 201 [1] ff.; einer ausländischen § 201 [19] ff.; Verjährung der Ansprüche aus Aktien § 223 [29]; gemeinschaftliches Eigentum § 225 [1] ff.; Verbot des Erwerbes eigener Aktien § 226 [1] ff.; Haftung der Ausgeber nichtiger Aktien (unter Mindestbetrag) § 209 [2] ff.; Mängelhaftung § 209 [2]; Veräußerlichkeit § 179 [11]; dgl. vor Volleinzahlung § 179 [3] ff.; Stempel § 179 [13] ff., § 222 [24]; Veräuß. bei Naturalleistungspflicht § 212 [19] ff.; Übertragung der Namensaktie § 220 E [1] ff.; Aktienbuch § 222 [1] ff., § 225 [2], § 223 [1] ff., [16]; Voraussetzungen und Form der Übertragung § 222 [2] ff.; Beschränkungen § 222 [4]; Indossament § 222 [7]; Namensaktie, Orderpapier § 222 [8]; insb. Übertragung vinkulierter Namensaktien § 222 [11]; Legitimationsübertragung § 222 [16] ff.; Universalsukzession § 222 [15]; Erbgang § 222 [15]; Blankoindossament § 223 [1]; Prüfung der Übertragungserklärung § 223 [3]; Wirkung d. Umschreibung im Aktienbuch § 223 [4] ff.; Anfechtung der Übertragungserklärung § 223 [10]; Einwendungen der AktGes. gegenüber dem Erwerber § 223 [12]; Verpfändung § 223 [13]; Vollstreckung in Aktien § 223 [14]; Stempel für Umschreibung § 223 [15]; Aktienübernahme durch Simultangründer, kein Anschaffungsgeschäft, Stempel § 1 [36]; Übertragung von Inhaberaktien § 223 [16] ff.; Legitimationsübertragung § 223 [17]; Strohmann § 223 [17]; Stimmrecht des Legitimationserwerbers § 223 [19]; gutgläubiger Erwerb § 223 [24] ff.; zivilrechtliche Verhältnisse zwischen Übertragungskontrahenten § 223 [31]; Aufgebotsverfahren, abhandengekommener A. § 228 [1] ff.; Wirkung betr. Dividendenscheine § 228 [4, 8]; Stempel der neuen Urkunde § 228 [7]; s. Amortisation unten sub E; Umtausch beschädigter Urkunden § 229; A. § 228 [1] ff.; Kaduzierung s. sub C II Pflichten; Vorspiegelung zwecks Zeichnung § 232 [43]; Neue Aktien, Dividende § 278 [13]; s. Kapitalserhöhung unten E; Übergangsfragen § 179 [21] ff., 180 [16].

II. Aktionär. Anspruch auf Aktienausgabe § 179 [1] ff.; kein Recht auf Bestimmung der Aktienart § 183 [2] ff.; als Gründer § 187; s. unten D I; Zeichnungsschein s. unten D III; als Zeuge § 210 [8]; als Richter § 210 [5]; Einlage nicht zurückzufordern § 213 [1] ff.; Anfechtung § 212 [20]; Anfechtung von Beschlüssen s. unten F III; Rechte auf Reingewinn, Dividendenrecht § 213 [7] ff.; Verluste § 213 [11] ff.; Mangel flüssiger

Digitized by Google

Aktiengesellschaft.
Mittel § 213 [13]; Talon § 213 [14]; Zubehör? ebd.; Dividendenschein § 213 [15], 228 [4], [8]; Verjährung des Dividendenrechts § 213 [16]; Stempel § 213 [17]; andere Gewinnanteilscheine § 213 [18]; Gewinnverteilung, Aktienbetrag maßgebend § 214; Ausnahme bei ungleichen Einzahlungen § 214 [2]ff.; kein Zinsanspruch § 215 [1]ff. [6]; Maßgeblichkeit der Bilanz § 215 [2]; Dividendengarantie § 215 [4]; Dividendenergängungsfonds § 215 [4]; Bauzinsen § 215 [6]ff.; Vergütung für wiederkehrende Leistungen § 216; dgl. wegen Ausgabe nichtiger Aktien § 209 [3]ff.; Stimmrecht, Aktienbuch § 223 [7]; Legitimationsübertragung § 223 [17]; Stimmrecht §§ 251ff.; s. unten F III; R. auf Abschriften der Anträge zur Generalversammlung § 256 [7]; auf Mitteilungen der Beschlüsse § 257 [1]ff., s. Aktie oben C I; Einsicht in Protokoll der Generalversammlung § 257 [3]; Recht und Einsicht und auf Abschriften der Jahresrechnungen, Bezugsrecht neuer Aktien § 282 [1]ff., § 285; kein Kündigungs- und Auflösungsrecht § 292 [21]ff.; Minoritätsrechte s. unten F IV; s. Individualrecht, Sonderrecht; s. Aktie oben C I. Pflichten. Einlagepflicht §§ 211ff.; Kapitaleinlage § 211; Begrenzung der Pflicht zur K. § 211 [2]ff.; Schaffung von Vorzugsaktien § 211 [3], § 185 [2]; Unzulässigkeit der Auflegung verschiedener Verpflichtungen § 211 [14]; Verpflichtung zu wiederkehrenden Naturalleistungen (Rübenzucker) § 212 [1]ff., § 216; Beschränkung der Übertragbarkeit solcher Anteilsrechte § 212 [12]ff., [27]ff.; Rückzahlung unrechtmäßiger Zahlungen § 217; Verjährung § 217 [15], [23]; Anspruch des Konkursverwalters auf Rückzahlung § 217 Abs. 2; Zinsen seit Fälligkeit § 218, Vertragsstrafen § 218 [6]ff.; Haftung des Aktienerwerbers § 218 [1]ff.; Umfang der Haftung des jeweiligen Aktionärs § 218 [4]ff.; insbes. Schadensersatz § 218 [7]; Fälligkeit der Einzahlung § 218 [10]; Konkurs des Aktionärs § 218 [15]; Konkurs § 218 [15]; Haftung wegen unbegründeten Antrages auf Revisionsbestellung § 267 [5]; Erhöhung der Pflichten durch Statutenänderung? § 276. Kaduzierung §§ 219ff.; Voraussetzung § 219 E, [1]ff.; Entscheidung seitens des Vorstandes oder Aufsichtsrats § 219 [2]; Verfallsandrohung § 219 [3]; Verfallserklärung (Nummernbezeichnung) § 219 [4]; Form, Fristen § 219 Abs. 2, § 219 [5]; Rechtsmittel gegen K. § 219 [6]; Notwendigkeit, neue Aktienausgabe § 219 [7]; Regreß gegen Vormänner § 219 [7]ff., § 220; K.-Folgen § 219 [8]; Veräußerung kad. Aktie, redlicher Erwerb § 219 [8]; subsidiäre Haftung der Vormänner § 220 [2]ff.; Befristung § 220 [6]; Recht des Vormannes auf Aktienübertragung § 220 [9]; kein Recht des Ausgeschlossenen § 220 [10]; Verkauf der Aktie § 220 [11]ff.; Rechte des Erwerbers § 220 [16]; Verhältnis der Zwischenaktionäre § 220 [18]; Unmöglichkeit der Befreiung von Einlageverpflichtung u. Regreßverpflichtung § 221 [1]ff.; dgl. von Aufrechnung § 221 [4]; Rechte in Gesellschaftsangelegenheiten, Generalversammlung § 250 [1]ff.; s. unten F III; Sonderrechte § 250 [9]ff.

III. Interimsscheine. Begriff § 179 [5]ff.; Ausgabe vor Vollzahlung § 179 [8]; J. auf Inhaber nichtig § 179 [5]ff., § 209; materielle Bedeutung des J. § 179 [7]; Form § 181 [1]ff.: bei Naturalleistungen § 212 [25]ff.; Stempel § 179 [13]ff.; Mindestbetrag § 180 [1]ff., § 180 [14], § 209; Form § 181; Ausgabe vor Eintragung unzulässig § 200 [18], § 209 Abs. 2; Haftung der Ausgeber von J. unter Mindestbetrag § 209 [2]ff.; Übertragung, Eintragung ins Aktienbuch, Verpfändung §§ 222ff.; s. oben sub C I; Erwerb eigener J. § 226 [1]ff., [9]ff.: Aufgebot § 228 [1]ff.; Kapitalserhöhung § 287 [1]ff.; s. Aktie C I.

IV. Genußschein. Begriff § 179 [24]ff.; Arten § 179 [25]ff.; Zubehör des Aktienrechts § 179 [26]ff.; Prioritätsaktien § 179 [26]; G. an Stelle amortisierter Aktien § 179 [28]; Stempelfragen § 179 [29]; für amortisierte Aktien § 227 [16].

D. Die Gründung.

I. Gründer. Begriff § 187; persönliche Qualität § 182 [6]ff.; Zahl § 182 [3]; Aktienübernahme obligatorisch § 182 [12]; Verhältnis der Gründer zueinander § 182 [38]; Gründergesellschaft § 188 [3]ff., Gründerlohn, Aufwand § 186 [10]; Anmeldepflicht § 195 [1]ff.; Regreß der Gr. § 202; s. unten VII; s. Strafbestimmungen sub J.; Statut s. oben sub B; Haftung s. unten D VII.

II. Simultangründung. Begriff § 188 [1]ff.; Gründergesellschaft (vor Eintragung) § 188 [4]; Gang der S. § 188 [6]; Stempelfragen § 188 [5]; Bestellung des Aufsichtsrats und Vorstands § 190 [1]ff.; Anmeldepflicht § 195 [24]; Begriff der Aktienzeichnung § 189 [20]ff.; Fortsetzungsbeschluß betr. aufgelöste Gesellschaft § 307; s. Statut oben B.

III. Sukzessivgründung § 189; Begriff § 188 [1]; Gang der S. § 189 [31]; Form und Inhalt des Zeichnungsscheins § 189 [1]ff.: Vertreter ebd.; Mängel des Z., Heilungsmöglichkeit § 189 [10]ff.; im Z. nicht enthaltene Verpflichtungsbeschränkungen § 189 [10]; Begriff der Aktienzeichnung § 189 [20]ff.; Handelsgeschäft? § 189 [24]; Willensmängel § 189 [25]; Strohmann § 189 [25]; Werbung der Zeichner durch Prospekt § 189 [29]; Stempelfragen § 189 [30]; Vorstands- und Aufsichtsratsbestellung § 190 [1]ff.; Anmeldepflicht § 195 [25]; Notwendigkeit und Einzelheiten der gerichtlichen konstituierenden Generalversammlung § 196; Berufung § 196 [1], § 197; Leitung § 196 [4]ff.; die einzelnen Organe in der GV. § 196 [6]; Abstimmung § 196 [8]ff., § 197; Vertagung § 196 [11]; Anfechtung § 197; Eintragung s. D VI; s. Prüfungsbericht D V, Statut oben B.

IV. Qualifizierte Gründung: Gründungsarten § 186 [1]ff.; Sondervorteile § 186 [1]ff.; Sacheinlagen und Übernahmen § 186 [4]ff., [19]ff.; Einbringer nicht notwendig

Digitized by Google

Aktiengesellschaft.
Eigentümer § 186 [7]; Zeichenpflicht? § 186 [8]; Übernahmevertrag § 186 [9, 19]; Gesamtgründungsaufwand § 186 [10]ff.; Unwirksamkeit der O. G. bei Nichtaufnahme in das Statut § 186 [14]ff.; Einbringung von Sachgesamtheiten § 186 [21]; Sicherungsvorschriften betr. O. G. § 186 [23]; Stempelfragen § 186 [24]; Gründerbericht § 191 [1]ff.; s. Prüfungsbericht D V.

V. Prüfung §§ 192ff.; Erfordernis § 192; P.-Pflichtige § 192 [1]ff.; Revisoren § 192 [2]ff., § 194 [2], 266; P.-Bericht, Inhalt § 193; ungünstiger Bericht § 193 [6]; Meinungsverschiedenheiten § 194 [1]; Niederlegung des Berichtes § 193 [5]; Einsicht in, ebd., § 199 [4]; Nachträgliche Prüfung durch Revisoren § 266 [1]ff.; s. Gründerbericht D IV.

VI. Eintragung und Publikation: Anmeldepflicht § 195 [1]ff., [24]ff.; Beilagen § 195 [9]ff.; Inhalt der Anmeldung § 195 [16]; Zeichnung der Namensunterschrift durch Vorstand § 195 [22]; Stellung des Registerrichters zur Anmeldung § 195 [26], § 198 [6]ff.; Inhalt der Eintragung § 198 [1]ff.; Prüfungsrecht des Registerrichters § 198 [6]ff.; Inhalt der Veröffentlichung § 199 [1]ff.; rechtliche Bedeutung der Gesellschaft vor der Eintragung § 200 [1]ff.; Rechtswirkung der Eintragung § 200 [14]ff.; trotz Mängel §§ 309ff.; Übertragung der Anteilsrechte vor Eintr. § 200 [15]; Ausgabe vor Eintr. unzulässig § 200 [18]; Zweigniederlassung einer inländischen AktGes. § 201 [1]ff.; einer ausländischen AktGes. § 201 [19]ff.

VII. Haftung aus der Gründung, Handeln vor Eintragung § 200 [6]ff., [10]ff.; Haftung aus der Gründung § 202 [1]ff.; gegenüber der Gesellschaft § 202 [2]; Umfang der Haftung § 202 [5]ff.; gegenüber den Aktionären § 202 [2]; H. aus allgemeinen Grundsätzen § 202 [2]ff.; Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes § 202 [9]; böswillige Schädigung § 202 [13]; Zahlungsfähigkeit der Aktionäre § 202 [16]ff.; H. der Gründergenossen § 202 [20]ff.; Geltendmachung der H. § 202 [23]; H. der Emissionshäuser § 203; insbes. aus Prospekt § 203 [1]ff., [11]ff.; Zeichenstelle § 203 [9]; Regreß der Haftenden § 203 [10]ff.; Bestimmungen des Börsengesetzes über Haftung der Emittenten § 203 [12]ff.; H. des Vorstandes und Aufsichtsrats § 304 [1]ff.; der Revisoren § 204 [11]; Beschränkung von Vergleichen und Verzichten § 205, § 270; zeitliche Beschränkung § 205 [9]; Verjährung § 206; Regreßklage auf Verlangen der Generalversammlung § 268; Regreßklagen gegen Gesellschaftsorgane § 268 [1]ff., 269ff.; Stellung der Gründer zueinander § 182 [33].

VIII. Nachgründung § 207; Begriff § 207 E. und [1]ff.; Voraussetzung der Gültigkeit § 207 [1]ff.; Bergwerke § 207 [4]; Generalversammlungsbeschluß § 207 [6]; Aufsichtsratsbericht § 207 [9], [12]; Grundstückserwerb § 207 [10]; dgl. bei Zwangsversteigerung § 207 [11]; Gründerverantwortlichkeit für vorher geplante Nachgründung § 208; Terraingesellschaft § 208 [2]; Kapitalserhöhungsbeschluß § 279; Fortsetzungsbeschluß betr. aufgelöste Gesellschaft § 307.

E. Das Grundkapital, Amortisation.

Wesen § 178 [18]ff.; Festsetzung im Statut § 182 [20]ff.; Nichtigkeit der AktGes. wegen Nichtbestimmung über Höhe § 310 [1]ff.; Verbot des Erwerbes eigener Aktien und Interimsscheine § 226; Eintragung, Veröffentlichung s. oben D VI. Erhöhung und Herabsetzung ist Statutenänderung § 274, § 278 [4]; wirtschaftlicher Grund der Erhöhung § 278 [1]; Wesen § 278 [3]; Hergang der KErhöhung § 278 [5, 9]; Einzahlung des Grundkapitals als Erhöhungsvoraussetzung § 278 [6]; Agio § 278 [5, 6, 13]; Abstimmungsvorschrift § 278 [9]ff.; Erhöhung insbes. bei Versicherungsgesellschaften § 278 [7]; Aktienbezugsrecht § 278 [9, 19], § 282; Ausgabekurs, Festsetzung im Beschluß § 278 [12]; Dividendenbeteiligung der neuen Aktien § 278 [13]; Inhalt des Beschlusses bei Scheinlagen u. Übernahmen § 279; notwendiger Inhalt des Beschlusses § 278 [15, 16]ff.; Aufhebung des Erhöhungsbeschlusses § 278 [21]; Stempelfragen § 278 [23], § 281 [11]; Gesamtemissionsaufwand § 279 [8]; Nachgründung § 279 [9]; Anmeldung des KErhöhungsbeschlusses § 280 [1]ff.; dgl. der erfolgten Erhöhung §§ 284ff.; kein Zwang hierzu, ebd.; die Vorschriften über den Zeichnungsschein neuer Aktien § 281 [1]ff., 278 [5]; Inhalt des ZScheins § 281 [5]ff.; Form eines Vorvertrages § 281 [10]; Ankündigung einer Frist für Bezugsrecht § 282 [3]; Bestimmung über Bezugsrecht im Statut § 282 [8]; Verletzung des Bezugsrechts § 282 [10]; Gewährung des Bezugsrechts an dritte § 283 [1]ff.; Zusicherung vor dem Erhöhungsbeschlusse § 283 [2]; Übergangsfragen betr. Bezugsrechte § 282 [3]ff.; Eintragung, Anmeldung der Kapitalserhöhung § 284 [5]ff., §§ 285ff. (Zweigniederlassung); Unzulässigkeit der Ausgabe von Aktien und Interimsscheinen vor durchgeführter Kapitalserhöhung § 287; Schadensersatz wegen unzulässiger Ausgabe § 287 [2]. Herabsetzung des Grundkapitals §§ 288ff.; wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung § 288 [1]ff., § 291 [17]ff., Einziehung einzelner Aktien § 288 [9], § 227; Gang der Herabsetzung § 288 [10]; Erfordernisse des Herabsetzungsbeschlusses § 288 [11]ff., Abstimmungsvorschrift § 288 [12]; Delegation § 288 [15, 19]; bes. Vorschrift bei mehreren Aktiengattungen § 288 [18], Vorzugsaktien § 288 [20], 290 [13]ff.; Stempelfragen § 290 [16]; Übergangsfragen § 290 [17]; Anmeldung der Herabsetzung § 289 [1]; der erfolgten Herabsetzung § 291. Gläubigerschutzvorschriften § 289 [2]; Sperrjahr § 289 [9]; Klagerecht der Gläubiger § 289 [12]; Herabsetzung durch sog. Zusammenlegung § 290; Wesen des ZBeschlusses § 290 [1]ff.; Ausführung des Beschlusses § 290 [3]ff.; Kraftloserklärung nicht eingereichter Aktien § 290 [6]ff.; Sanierung der AktGes. § 290 [13]; Amortisation § 227; Begriff § 227 [1]ff.; ZwangsA. § 227 [2]; A. mittels Kündigung § 227 [5]; Wirkungen der

Digitized by Google

Aktiengesellschaft.
A. § 227 [3]ff.; Verkauf a. Aktien oder Dividendenscheinen § 227 [6]; Abschreibung vom Grundkapital § 227 [7]; Voraussetzungen der A. § 227 [8]; Bestimmung des Statuts § 227 [8]; A. aus nicht verfügbarem Jahresgewinn § 227 [12]ff., § 288; Eintragung ins Register § 227 [15]; Genußscheine § 227 [16]; s. Aufgebot oben Aktie sub C I; Grundkapital in Bilanz § 261 [43]ff.; Auflösung, Fusion s. unten sub H IV.

F. Organisation (Vorstand, Aufsichtsrat, Generalversammlung, Minoritätsrechte).

I. Vorstand, Bestellung und Zusammensetzung, Bestimmung im Statut § 182 [23]ff., § 231 [9]ff.; Wahl im Gründungsstadium § 190 [1]ff.; Qualifikation § 231 [9]ff., [11]ff.; Erfordernis der Bestellung § 190 [1]ff.; Prüfungspflicht bei Gründung §§ 192ff.; Anmeldepflicht § 195 [3]ff.; Form der Firmenzeichnung § 233; Stellvertreter des Vorstandes § 242 [1]ff.; Stellung als geschäftsführendes Organ und gesetzlicher Vertreter § 231 [1]ff., [7]ff.; Umfang der Vertretungsbefugnis § 231 [4]ff.; Zustellung und Ladungen an § 231 [4]; Zusammensetzung § 231 [9]; Eigenschaften des Vorstandes § 231 [10]; Eid, Zeuge § 231 [4]; nachträglicher Unfähigkeitsgrund § 231 [19]; Bezeichnung Vorstand wesentlich? § 231 [13]ff.; Widerruflichkeit der Bestellung § 231 [14]ff., [30]ff.; Gehalt § 231 [19], [24]ff.; Bestellung durch? § 231 [16]ff., [20]; Kooptation § 231 [20]; Amtsniederlegung § 231 [21]; Vertretung bei mehrgliedrigem Vorstand § 232 [1]ff., [28]; Ausübung der Gesamtvertretung § 232 [4]; falsus procurator § 232 [6]; Ermächtigung untereinander § 232 [7]; nachträgliche Zustimmung § 232 [11]; Entgegennahme von Willenserklärungen § 232 [12]; Unredlichkeit der Ges. bei Kenntnis eines Kollektivvertreters § 232 [13]; Ausnahmen von Gesamtvertretung § 232 [15]; Weitere Fragen des Dienstverhältnisses § 231 [14]ff., [20]ff.; Vergütung § 231 [23]ff.; Entlassung § 231 [14], [29]ff.; Provision, heimliche § 231 [25]; Krankheits- und andere Behinderungsfälle § 231 [25]a; Kündigung § 231 [29]; wichtige Gründe sofortiger K. § 231 [31]; Liquidationseintritt § 231 [31]; Anfechtungs- und Aufhebungsgründe § 231 [33]; Konkurs § 231 [34]; Recht auf Dienstzeugnis § 231 [35]; Pflicht zur Rechnungslegung § 231 [36]; Gehaltspfändung § 231 [37]; Anspruchsverjährung § 231 [39]; Verpflichtung zur Innehaltung vertraglicher Beschränkung § 235 [1]ff.; ungesetzl. Anordnungen der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats § 235 [7]; Konkurrenzverbot nach Ausscheiden § 236 [12]; Verjährung der Ansprüche aus Konkurrenzverbot § 236 [9]; Tantieme § 237; Berechnung derselben § 237 [11]ff.; insbes. aufgelöste Reservefonds § 237 [12]; Rücklagen zu Dividendenergänzungsfonds § 237 [15]; Teilung des Anspruchs § 237 [22]; Fälligkeit § 237 [24]; Einkommensteuer aus T. § 237 [25]; Entlastung § 260 [8]ff.; Statutarische Delegation: Einzelvertretungsbefugnis § 232 [16]; Kollektiv mit Prokuristen § 232 [17], § 238; Handlungsbevollmächtigte § 232 [27]; Rechtswirkungen der Vorstandshandlungen namens der Gesellschaft § 232 [30]ff.; Ratserteilung § 232 [31], [43]; Delikte § 232 [37], [46]a; Vorspiegelung zwecks Aktienzeichnung § 232 [43]; strafrechtliche Verantwortung § 232 [46]; Pseudovertreter § 232 [47]; Kontrahieren mit sich selbst § 232 [48]; Anmeldung von Veränderungen im Personalbestande oder in der Vertretungsbefugnis § 234 [1]ff.; Wirkungen der Eintragung und Nichteintragung § 234 [8]ff.; vertragliche Beschränkungen in den Befugnissen des Vorst. § 235; Unwirksamkeit gegenüber Dritten § 235 [10]; kein besonderer V. für Zweigniederlassung § 235 [12]; Kollusion § 235 [17]; Konkurrenzverbot § 236; Folgen § 236 [8]; vertragsmäßige Abänderung des K. § 236 [11]; K. nach Auflösung des Verhältnisses § 236 [12]ff.; Verjährung aus K. § 236 [9]; Beschränkung der Prokuristenbestellung § 238 [1]ff.; Gesamtprokura § 238 [4]; Umfang der Prokuravollmacht § 238 [5]; Eintragung der P. und des Erlöschens § 238 [8]ff.; Versehen der Prokuristen § 238 [12]; Widerruf der P. § 238 [14]; sonstige Bevollmächtigte § 238 [16]; Kontrolle durch Aufsichtsrat § 246 [1]ff.; Abgrenzung gegen Aufsichtsrat § 248 [1]ff.; Besondere Pflichten, Prüfungsbericht § 192; Anmeldung § 195 [1]ff.; Unterschriftszeichnung § 195 [4]; Haftung für Gründungsprüfung § 204 [1]ff.; Regreß § 204 [10]; Buchführung § 239 [1]ff.; Eröffnungsbilanz § 239 [7]ff.; Pflicht bei eintretenden Schwierigkeiten § 240 [1]ff.; Anzeige an Generalversammlung § 240 [1]ff.; Konkursanmeldung § 240 [9]ff.; Schadensersatzpflicht bei besonders gesetzlich beschriebenen Pflichtverletzungen § 241 [1]ff.; Abänderung durch Statut § 241 [1]; Maß der Sorgfalt ebd.; desgl. Beweislast § 241 [2]; keine Ersatzpflicht bei Deckung durch Gen.Vers.Beschluß. Folgen der Pflichtverletzung der Gesellschaft gegenüber § 241 [7]; den Gläubigern gegenüber § 241 [11], [20]ff.; desgl. im Konkurse der Gesellschaft § 241 [16]; Verjährung § 241 [18]ff.; Regreß des V. untereinander § 241 [30]; Gerichtsstand gegen V. § 241 [32]; Erwerb eigener Aktien § 226 [1]; Ausführung der GVBeschlüsse § 250 [15]; Berufung der GenVers. § 253 [1]ff.; Vorbereitung der Bilanzprüfung § 260 [18]ff.; Pflichten bei Revisorenbestellung § 267; Haftung des Vorstandes für Geschäftsführung, Gründung, Nachgründung § 268 [1]ff.; Aktienausgabe vor Durchführung der Kapitalserhöhung, Schadensersatz § 287 [2]; Kapitalsherabsetzung s. E; Anfechtung von Beschlüssen §§ 271ff., § 271 [14]; Offenbarungspflicht § 314 [1]ff.; s. Strafen unten sub J.

II. Aufsichtsrat. Notwendigkeit § 190 [1]ff.; Allgem. Charakter des Aufsichtsrats § 246 E; Wahl im Gründungsstadium § 190 [4]; Prüfungspflicht bei Gründung §§ 192ff.; Anmeldepflicht bei Gründung § 195 [3]ff.; Haftung für Gründungsprüfung § 204 [1]ff.; Regreß § 204 [10]; Nachgründung § 207 [9], [12]; Ernennungsart und Zahl § 243 [1]ff.; Eigenschaft der Mitglieder

Digitized by Google

Aktiengesellschaft.
§§ 243 [4]ff., § 248; Amtsdauer § 243 [5]ff.; insbesondere des ersten Aufs. § 243 [5]; Widerruf § 243 [8]; Amtsniederlegung § 243 [9]; zu Unrecht tätiger Aufsichtsrat § 243 [15]; Personalveränderungen, Bekanntmachung, Eintragung § 244; Vergütung § 245 [1]ff.; Auslagen § 245 [2]ff.; Tantieme § 245 [3], § 245 [5]; Tant.-Berechnung § 245 [7]ff.; Verteilung unter mehrere § 245 [13]; Tod § 245 [15]; Fälligkeit der Tant. § 245 [17]; kein Vorrecht im Konkurse der Akt.-Ges. § 245 [18]; Statutenänderungen § 274 [3]ff.; Rechte und Pflichten hinsichtlich Geschäftsführung und Kontrolle: Vertretungsorgan? § 246 E; Kontrollorgan § 246 E, § 246 [1]ff.; insbes. gegenüber Vorstand § 246 [2]ff.; Büchereinsicht § 246 [6]; Bilanzprüfung § 246 [8]; Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung § 246 [9]; Bestimmung des Statuts über weitere Pflichten § 246 [10]; Unübertragbarkeit der Obliegenheiten § 246 [11]ff.; Vorsitzender § 246 [14]; Verwaltungsrat neben Aufs. § 246 [15]; Vertretungs- und Klagerecht des Aufsichtsrats gegen Vorstand § 247 [1]ff.; Abgrenzung zwischen Aufs. u. Vorstand § 248 [1]ff.; Mitglied des Aufs. kein Vorstand § 248 [1]ff.; Ausnahmen § 248 [3]ff.; Maß der Sorgfalt, Schadensersatz § 249 [1]ff.; insbes. den Gläubigern gegenüber § 249 [8]; dgl. im Konkurs ebd.; Verjährung § 249 [9]; Haftung des Aufs. für Geschäftsführung, Gründung usw. § 268 [1]ff., 269; Offenbarungspflicht § 314 [1]ff.; statutenwidriges Verlangen vom Vorstand § 235 [7]; Entlastung § 260 [8]ff.; Anfechtung von Beschlüssen §§ 271 ff., § 271 [14]; s. Strafen unten sub J.

III. Generalversammlung. Allgemeines, Ausübung der Aktionärrechte § 250 [1]ff.; Vertretung der AktGes. durch GV. § 250 [5]; Zuständigkeit § 250 [7]ff.; Berufung, Bestimmung im Statut § 182 [24], § 255; Einberufungspflicht des Aufsichtsrats § 246 [9]; durch Vorstand § 253 [1]ff.; Form § 253 [3]ff., § 255; Einber. auf Verlangen der Minderheit § 254 [1]ff.; Konstituierende G. § 196 [1]ff.; Frist zur Berufung § 255 [1]ff.; Anmeldung zur Teilnahme § 255 [2]ff.; Aktienniederlegung § 255 Abs. 2; Bekanntmachung der Tagesordnung § 256 [1]ff.; Fälle der Nichtankündigung § 256 [4]; Abschrift der Anträge an Aktionär § 256 [7]; Folgen ordnungswidriger Berufung § 256 [9]; GV. als Schiedsrichter? § 250 [6], 178 [15]; Unentziehbarkeit von Sonderrechten § 250 [9]; Ausführung der Beschlüsse durch Vorstand § 250 [15]; Vorsitz in GV. § 256 [10]; parlamentarische Regeln § 256 [14]ff.; Entziehung des Worts § 256 [19]; Geschäftsordnung § 256 [14]ff.; Anfechtung wegen Verletzung parlamentarischer Regeln § 256 [29]; Vertagung § 256 [30]; Recht der Minderheit auf Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung § 254 [15]ff.; richterliche Ermächtigung § 254 [16]ff.; Ort der GV. § 256 [32]; Mitteilung der Beschlüsse an Aktionär § 257; Aktionärverzeichnis § 258; Protokoll der GV. § 259 [1]ff.; Beilagen des Protokolls, Einreichung an das Handelsregister § 259 [10]; Recht der Teilnahme an der GV. § 252 [32]ff.; Abstimmung, Stimmrecht §§ 251 ff.; regelmäßig einfache Stimmenmehrheit § 251 [1]; Ausnahmen § 251 [2]ff.; insbes. für Wahlen § 251 [3]; statutarisch bestimmte Mehrheiten § 251 [3]; Einzelheiten des Stimmrechts § 252 [1]ff.; insbes. bei Rechten Dritter an Aktie § 252 [4]ff.; Ehemann § 252 [7]; Stimmrecht nach Aktienbeträgen § 252 [9]ff.; nach Aktiengattungen § 252 [10]ff.; Ausübung des St. durch Bevollmächtigten § 252 [15], [30]ff.; Stimmenthaltung § 252 [23]ff.; eigenes Interesse, eigene Wahl, ebd.; Form der Ausübung des Stimmrechts § 252 [28]; Bedingungen § 252 [29]; Zwangsvertretung (Frauen, Ausländer) § 252 [30]ff.; Aktienbuch § 223 [7], [19]; gemeinschaftliche Aktie § 225 [4]; Gesellschaft als solche § 226 [4]; Besondere einzelne Beschlüsse und Befugnisse. Vergleiche und Verzichte betr. Haftung aus Gründung § 205; Nachgründung § 207 [6]ff.; statutenwidriges Verlangen vom Vorstand § 235 [7]; Genehmigung der Jahresbilanz § 260 [1]ff.; Gewinnverteilung § 260 [5]ff.; Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrats § 260 [8]ff.; Umwandlung des Reservefonds § 262 [24]; sog. Gewinnvortrag § 262 [32]; Bilanzgenehmigungsverhandlung § 264 [1]ff.; Revisorenbestellung § 266 ff.; Statutenänderung §§ 274 ff. (s. oben sub B); Fortsetzungsbeschluß nach Auflösung § 307 [1]ff.; über Fusion § 305 [13]ff.; Genehmigung der Liquidationsbilanzen § 299 [7]ff.; Auflösungsbeschluß § 292 [6]; Anzeigepflicht des Vorstandes an GB. bei Verlusten § 240 [1]ff.; Berufung des Vorstandes auf Generalversammlungsbeschluß § 241 [4]; Anfechtung von Beschlüssen §§ 271 ff.; Voraussetzungen § 271 [1]ff.; Form § 271 [1]ff.; Frist § 271 [9]; Anfechtungsberechtigte § 271 [7]ff.; Anfechtung einer Wahl § 271 [2]; Interesse des anfechtenden Aktionärs? § 271 [2]; Gesetzesverletzung § 271 [3]; Verletzung von Bilanzvorschriften § 271 [3]; von Sollvorschriften § 271 [3]; des Statutes § 271 [3]; prozessuale Fragen § 271 [6]ff., § 272 [1]ff.; Feststellungsklage? § 271 [8]; Protokollierung des Widerspruchs § 271 [10]; Anf. wegen ungehöriger Berufung oder Bekanntmachung § 271 [11]; Beschränkung des Anfechtungsrechts § 271 [12]; (zuviel Abschreibungen, Reservefonds) § 271 [12]; Verbindung mehrerer A., Höhe des Aktienkapitals der Anfechtenden § 271 [12]; Hinterlegung nicht erforderlich § 271 [13]; Strohmann § 271 [13]; Nebenintervenienz § 271 [16]; Passivlegitimation § 272 [1]; Zustellung § 272 [3], [14]; Zuständigkeit, Revisibilität § 272 [8]; Prozeßverbindung § 272 [9]; Sicherheitspflicht § 272 [10]; öffentl. Bekanntmachung § 272 [13]; mehrere Anwälte § 272 [15]; Streitwert, Kosten § 272 [16]; Folge der Ungültigkeitserklärung § 273 [1]ff.; insbesondere bei Bilanzanfechtung § 273 [1]; Einreichung des Urteils zum Register, Veröffentlichung § 273 [3]; Folgen der Ausführung

Digitized by Google

Aktiengesellschaft.
eines angef. Beschlusses § 273 [4]ff.; unbegründete Anfechtung, Folgen § 273 [8]ff.; Folgen der A. während des Prozesses § 273 [13]ff.; Folgen des Urteils § 273 [14]; der Nichtanfechtung § 273 [15]; Sonderrechte, Verzicht auf A. bei Verletzung? § 273 [15]ff.; einstw. Verfügung im AProzeß § 273 [18], [24]; Nichtigkeit ipso jure § 273 [20]; Prüfung der Gültigkeit von GVBeschlüssen durch den Registerrichter § 273 [21]ff.; insbes. Aussetzung ebd.; Löschung von Amts wegen § 273 [27]; Beschwerderecht des Aktionärs gegen Eintragung von Beschlüssen § 273 [26].

IV. Minoritätsrechte, bei Dechargeerteilung für Gründungsfehler § 205; außerordentliche Generalversammlung § 254; Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung § 254 [15]ff.; Kosten der Einberufung und Bekanntmachung § 254 [25]; Versagung der Bilanzgenehmigung § 264; Anfechtung von Beschlüssen § 271 ff.; Liquidatorenernennung § 295 [5]ff.; M. im Gegensatze zu Rechten der GenVers. § 250 [1]ff.; zu Sonderrechten § 250 [9]ff. Revisorenbestellung § 266 [4]ff., § 267; Regreß der Antragsteller § 267 [5]; Regreß gegen Gesellschaftsorgane § 268 [1]ff., § 269.

G. Bilanz u. Reservefonds.

I. Bilanz. Allgemeines über Bilanzvorschriften § 260 [1]ff.; Maßgeblichkeit für Gewinnverteilung § 215 [3]ff.; Bedeutung der Bilanzposten, Aktiva, Passiva § 261 [9]ff., [8]; Genehmigung der Jahresbilanz durch Generalversammlung § 260 [1]ff.; Aufhebung des Beschlusses? § 260 [4]; Gewinnverteilung § 260 [5]ff.; Vorbereitung der Bilanzprüfung § 260 [18]ff., § 263 [1]ff.; Verletzung der Bilanzvorschriften § 261 [1]ff.; Minderbewertung § 261 [6]ff.; statutarische Bestimmungen über Bewertung § 261 [5]ff.; Grundkapitalsziffer § 261 [13]; Passiva, Reservekonto? § 261 [15]; Aktienkapitalkonto § 261 [15]; Beispiel einer Bilanz § 261 [16]; Inhalt der aktienrechtlichen Bilanzvorschriften § 261 [17]ff.; insbesondere: Differenzgeschäfte § 261 [17]; schwebende Engagements § 261 [17]; Wertpapiere und Waren, Börsen- und Marktpreis § 261 [18]ff., [23]ff.; Zeit der BAufstellung § 261 [22]; Halbfabrikate § 261 [25]; Schenkungen § 261 [26]; Aktien anderer Gesellschaften § 261 [27]; Gegenstände ohne Börsen- oder Marktpreis § 261 [29]; gezahlte Provision § 261 [30]; Kauf in Zwangsversteigerung § 261 [31]; Patente § 261 [33]; dauernde Betriebsanlagen § 261 [35]ff.; Errichtungs- und Verwaltungskosten § 261 [39]ff.; Reservefonds, Passivum § 261 [15], [43]; Grundkapital, Passivum § 261 [44]ff.; Hervorhebung von Gewinn und Verlust § 261 [46]; Bilanzanfechtung § 273 [1]ff.; s. oben F III; Anfechtung § 271 [3]; Vertagung der Bilanzgenehmigungsverhandlung § 264 [1]ff.; die neue Verhandlung § 264 [4]; Veröffentlichung der B. nach Genehmigung § 265 [1]ff.; Einreichung zum Handelsregister § 265; Revisorenbestellung zwecks Prüfung § 266 [1]ff., § 267; Eröffnungsbilanz § 239 [7]ff.; Liquidationsbilanzen § 299; s. unten Strafbestimmungen sub J; Tantiemeberechnung § 237 [1]ff.

II. Reservefonds, gesetzlicher § 262 [1]ff.; Natur § 262 [1]ff.; Zinsen von Papieren? § 262 [5]; Zweck des R. § 262 [6]ff.; Bildung des R. § 262 [9]ff.; Höhe § 262 [14]; Agio § 262 [18]ff.; Stückzinsen? § 262 [17]; Zuzahlungsbeträge § 262 [20]ff.; Umwandlung des gesetzlichen R. § 262 [24]ff.; freiwillige R. § 262 [27]ff.; Ausschüttung § 262 [35]; Aufnahme unter Passiva § 261 [43], [15]; steuerrechtliche Behandlung § 262 [35]; bei Tantiemeberechnung § 237 [12], [15], § 262 [11]; Erneuerungsfonds § 261 [38], § 262 [10], [27]; in Bilanz § 261 [43]; s. Tantieme.

H. Auflösung.
(Allgemeines, Nichtigkeit, Liquidation, Fusion.

I. Allgemeines: Begriff und Folgen § 292 [1]ff.; A. aus Gründen öffentlichen Rechts § 178 [10], § 292 [16]; benannte Auflösungsgründe § 292; A. wegen Zeitablauf § 292 [4]; A. durch GVBeschluß § 292 [6]; durch Konkurs § 292 [7]ff., § 307 [10]ff.; Entziehung obrigkeitlicher Genehmigung, Konzession § 292 [16]; Vereinigung aller Aktien kein AGrund § 292 [17]; Folgen der Auflösung auf schwebendes Verfahren § 210 [11]; Amortisation? § 227; s. a. oben E Verlegung des Sitzes ins Ausland § 292 [20]; kein Auflösungsrecht der Aktionäre § 292 [21]ff.; Vermögensfortfall § 292 [23]; Anmeldung: Eintragung der Auflösung § 293; Folge der Auflösung: Liquidation s. unten III; Veräußerung des Vermögens im ganzen § 303 [1]ff.; Umwandlung in andre Gesellschaftsformen § 303 [2]; Veräußerungsvertrag mit dem Übernehmer § 303 [15]ff.; Firmenübergang § 303 [18]; Stempel § 303 [19]; insbesondere Veräußerung im ganzen an öffentl. Korporationen, Verstaatlichung § 304 [1]ff.; Fortsetzungsbeschluß nach Auflösung § 307 [1]ff.; dgl. nach Konkurs § 307 [2]ff.

II. Nichtigkeit §§ 309ff.; Voraussetzungen § 309 [21]ff., § 310 [1]ff.; Rechtsfolgen der Nichtigkeit § 309 [11]ff.; Eintragung der Nichtigkeit § 309 [18]; Heilung der Nichtigkeit § 309 [14], § 310 [8]ff.; Nichtigkeitsklage § 309 [15]; Löschung von Amts wegen § 309 [16]; Zweigniederlassung ausländischer AktGes. § 309 [17]; Folgen der Eintragung der N. § 311 [1]ff.; Liquidationsgesellschaft ebd.

III. Liquidation §§ 294ff.; regelmäßige Folge der Auflösung, die bei der L. zur Anwendung kommenden Vorschriften § 294 [3]ff.: Generalversammlung § 294 [7]; Reingewinn § 294 [9]; Statutenänderungen § 294 [11]; rückständige Einlagen § 294 [12]; keine Tantieme des Vorstands und Aufsichtsrats § 294 [10]; keine Prokuristenbestellung § 298 [11]; Jahresrechnungen, Geschäftsberichte, Veröffentlichung § 299 [9]ff.; Revision § 299 [12]; Liquidationsüberschuß, Verteilung § 300 [1]ff., § 301; rechtlicher Charakter des LAnspruchs § 313; Folgen unrichtiger

Digitized by Google

Aktiengesellschaft.
Verteilung § 314; Gläubigerschutzvorschriften (vor Verteilung) § 301 [1]ff.; Sperrjahr § 301 [2]; Sicherstellung der Gläubiger § 301 [3]; Haftung der Gesellschaftsorgane § 301 [8]; LKündigungsgrund für Vorstand § 231 [31]; Rückzahlungspflicht des Aktionärs § 302 [9]; LBeendigung, Schlußrechnung § 302 [1]; Eintragung, Anmeldung des Erlöschens § 302 [6]; Bücher und Papiere § 302 [7]ff.; Erneuerung der L. bei Auffindung verteilungsfähigen Vermögens § 302 [16]ff., dgl. Eintragung § 302 [20], insbes. nach Konkurs § 302 [24], L. als Folge der Eintragung der Nichtigkeit § 311 [3]ff.; Liquidatoren. Berufung § 295 [1]ff.; durch Statut § 295 [2]; Vorstand § 295 [4]; richterliche Ernennung § 295 [5]; Abberufung § 295 [10]; Dienstverhältnis § 295 [14]; Haftung § 294 [8]; Anmeldung, Zeichnung vor dem Handelsgericht § 296 [1]ff.; Personenänderung § 296 [1]; Tod § 296 [4]; Zweigregister § 295 [7]; Aufforderung an die Gläubiger § 297; Geschäftskreis, Rechte und Pflichten § 298ff.; Vertretungsbefugnis § 298 [7]; Form der Firmenzeichnung § 298 [8]; kein Konkurrenzverbot § 298 [12]; Delikte, Schadensersatz § 298 [13]; Aufstellung der Liquidationsbilanzen § 299 [1]ff.; Zwang durch das Registergericht, Ordnungsstrafen § 299 [13]ff.; Schlußrechnung § 302; s. oben Liquidation.

IV. Fusion: F. ohne sofortige Verschmelzung § 305 [1]ff.; Unterschied von Interessengemeinschaft § 305 [4]; Hergang der F. § 305 [8]ff., Generalversammlungsbeschluß § 305 [13]ff.; Anmeldung, Eintragung § 305 [16]; Übergang der Aktien § 305 [26]; Stempelfrage § 305 [27]ff.; F. als Auflösungsgrund § 292 [15]; F. mit sofortiger Verschmelzung § 306 [1]ff.; Hergang § 306 [5]ff.; Generalversammlungsbeschluß § 306 [7]ff.; Anmeldung § 306 [10]; Stellung der Aktionäre § 306 [13]; Gläubigerschutzvorschriften § 306 [15]; Gerichtsstand § 306 [18]ff.; Stempelfragen § 306 [23]ff.; Interessengemeinschaft von Gesellschaften § 306 [26]; sog. Verstaatlichung § 304 [1]ff.; Anmeldung, Eintragung, Wirkung der Verstaatlichung § 304 [5]ff.; Stempelfragen § 304 [13]; Anfechtung des F.-Beschlusses bei Erlöschen der Firma § 308.

J. Strafbestimmungen.

I. Allgemeines § 312 [1]ff; Versuch § 312 [2].

II. Einzelne Delikte: absichtliche Benachteiligung der Gesellschaft § 312 [4]ff.; Bilanzfälschung § 312 [7]; falsche Angaben bei Gründung und Aktienausgabe § 313 [1]ff., unrichtige Darstellungen § 314 [1]ff., [5]ff.; unzulässige Ausgabe von Aktien § 314 [10]ff.; Verschleierung § 314 [8]; Unterlassung der Bestellung eines gehörigen Aufsichtsrats § 315 [1]ff.; dgl. des Konkursantrages § 315 [8]ff.; falsche Bescheinigungen § 316 [1]; Benutzung zu Stimmzwecken § 316 [1]; Stimmenkauf § 317 [1]ff.; Stimmkompromisse § 317 [8]; Mißbrauch fremder Aktien zu Stimmzwecken § 318 [1]ff.; Aktienleihe gegen Entgelt § 318 [8]ff.; Strohmännertum strafbar § 317 [7], § 318 [9]; betrügerische Einwirkungen auf den Kurs Exk. zu § 318 [1]ff.; dgl. Verleitung zum An- und Verkauf Exk. zu § 318 [3]ff.; Preßdelikte Exk. zu § 318 [12].

III. Ordnungsstrafen § 319; § 299 [13]ff.

Aktienkommanditgesellschaft s. Kommanditges. auf Aktien, Strafe, Ordnungsstrafe, Konkurs.

Aktienkapitalkonto § 261 [18]; s. AktGes.

Aktienverein als Verkaufskommissionär § 400 [31].

Aktienzeichnung, Begriff § 189 [20]ff.; s. AktGes. D III; Handelsgeschäft § 343 [27].

Aktionär s. AktGes. sub C I, II.

Aktionärverzeichnis, Feststellung für Generalversammlung § 258.

Aktiva, Geschäftsübergang § 22 [27]; in Bilanz § 40 [4]ff.; insbes. in Bilanz einer AktGes. § 261 [1]ff.; s. Bilanz.

Aktivlegitimation, Ehefrau, Handelsfrau E 55ff.

Akzept des Schuldners, kein Zurückbehaltungsrecht an § 369 [18]; s. Tratte, Wechsel.

Akzessorische Handelsgeschäfte § 343 [3], [6]ff.

aliud, Lieferung eines, Übergabeverzug Exk. zu § 374 [48]; Rüge wegen Lieferung eines § 377 [4], 378; s. Kauf V.

Alleinverkaufsrecht, zeitliche Grenze § 346 [2].

Allgemeine Feiertage Exk. zu § 359 [34]ff., [37]ff.

Alternative Klage, Gewährleistungsansprüche § 377 [111]ff.; dgl. bei arglistigem Verschweigen des Verkäufers § 377 [177]; s. Eventual.

Alternativer Erfüllungsort Exk. zu § 372 [8].

Alternativkauf § 375 [1].

Älteste der Kaufmannschaft s. Handelsstand.

Amortisation von Aktien (Einziehung) § 227; Aktien einer Kommanditges. § 320 [64]; aller Aktien einer Kommanditges. § 330 [27]; Kapitalsherabsetzung, AktGes. § 288; s. Akt.-Ges. E.

Amtliche Pfandveräußerung § 368 [66]ff.; a. Feststellung von Terminpreisen der Börse Exk. zu § 376 [8].

Amtsdauer des Aufsichtsrats § 243; s. Vorstand, Aufsichtsrat.

Amtsgericht s. Richter, Prüfung, Eintragung, Registerrichter, Liquidator usw.

Amtsniederlegung s. Vorstand, Aufsichtsrat.

Amtswegen, von, Löschung von Generalversammlungsbeschlüssen § 273 [27]; einer nichtigen AktGes. § 309 [16]; Ungültigkeit von Börsenterminsgeschäften Exk. zu § 376 [29]; Beachtung der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge s. Beweislast; keine Beachtung der Verjährung § 377 [145]; s. Eintragung.

Analoge Anwendung E 17.

Analphabeten, keine Schriftform für § 350 [49].

Anatozismus s. Zinseszins.

Änderung des Erfüllungsortes durch Verzug? Exk. zu § 372 [27]; stillschweigende, vertragliche, Exk. zu § 372 [28]ff., [35]ff.; der Mängelhaftung § 377 [187]; vertragliche, betr. Gefahrübergang, Exk. zu § 382 [19]; vertragliche der Untersuchungs- und Anzeigepflicht § 377 [32]; Ä. in den Rechtsverhältnissen juristischer Personen, Eintragung § 31; der Firma § 31 [1]ff.; des Gesellschaftsvertrages s. AktGes. B II; in der Person der Liquidatoren AktGes. § 296 [1];

Digitized by Google

von Miet- und Pachtverträgen § 350 [31]; des Namens keine Pflicht zur Firmenänderung § 21 [1]ff.; s. Abänderung.
Andienung § 378 [14].
Androhung an säumigen Aktionär, s. Kaduzierung; des Pfandverkaufs § 368 [45]ff.; des Selbsthilfeverkaufs § 373 [31]ff., [49]ff; mit Fristbestimmung, Verzug bei Erfüllung des Kaufvertrages Exk. zu § 374 [61], [93]; s. Pfandverkauf; s. Sukzessivlieferungsgeschäfte; s. Kauf VI.
Anerkenntnis, Unterbrechung der Verjährung § 160 [3]; Zugehörigkeit zu Handelsgeschäft § 343 [27], § 345 [4]; Saldo § 355 [26]; Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [15]ff.
Anerkennung der Bilanz § 41 [1]; s. Anerkenntnis.
Anfang des Monats, Exk. zu § 359 [33].
Anfechtbare Eigentumsübertragung § 366 [48].
Anfechtung v. Generalversammlungsbeschlüssen §§ 197, 271ff.; s. AktGes. F III; Vertrag betr. stille Gesellschaft § 339 [28]; Konkursgläubiger des Komplementars gegenüber st. Gesellschafter § 342; Saldoanerkenntnis § 355 [29]ff.; des Kaufvertrags wegen Arglist § 377 [162]ff.; Einrede des o. HGesellschafters aus dem ARechte der Gesellschaft § 129 [8]ff.; des Vertrages betr. o. HG. § 133 E.; des Dienstvertrages mit Handlungsgehilfen § 70 [24]; Maklervertrag Exk. vor § 93 [21]; des Abfindungsguthabens o. HG. Exk. zu § 141 [8]; des Auseinandersetzungsverfahrens o. HG. § 145 [10]; der Einbringungs- und Übernahmeverträge, qualif. Gründung AG. § 186 [20]; Vorgeneralversammlungsbeschlüssen § 197 [6]; der Übertragung des Aktienrechts § 223 [10]; dgl. seitens der AktGes. § 223 [11]; Dienstvertrag des Vorstandes einer AktGes. § 231 [38]; Minderbewertung in Bilanz § 261 [6]; wegen Verletzung parlamentarischer Regeln in Generalversammlung § 256 [29]; Fusion einer AktGes., Erlöschen der Firma § 308 [1]ff.; eines Kreditkaufs, Exk. vor § 373 [46]; Eintrittserklärung des Konkursverwalters Exk. zu § 382 [94]; s. Zwang, Irrtum, Betrug, Kreditkauf, Konkurs, Aktionär, Akkord, Rücktritt, Nachfrist, Kündigung, Rückforderung, Börsentermingeschäfte, Kauf V 7.
Angebot, Zahlungsverzug des Käufers Exk. zu § 374 [8]; s. Offerte, Annahmeverzug.
Angeld Exk. zu § 348 [1]ff.
Angemessene Frist zu Spezifikation § 375 [10]; s. Frist, Beweislast.
Angestellte, Rat, Auskunft Exk. zu § 349 [27]; Verhandeln mit A. durch Telephon Exk. zu § 361 [81]ff.; nicht kaufmännische Dienste von A. § 83; Vollmacht § 56; s. Vertretung, Handlungsvollmacht, Vollmacht, Handlungsgehilfe.
Ankauf s. Anschaffung, Kauf.
Ankündigung, Emissionshäuser § 203 [1]ff.; Gegenstände zur Generalversammlung § 254 [15]; Generalversammlung §§ 255 ff.; s. Bekanntmachung.
Anlagen in Bilanz der AktGes. § 261 [35]ff.; s. Nachgründung.
Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister § 12 [1]ff.; der Firma und Handelsniederlassung § 29; Prokura § 53; einer o. HG. § 106ff.; des Ausscheidens und der Auflösung betr. o. HG. § 143; des Gesellschaftsvertrages AktGes. § 195 [1]ff.; betr. Änderung im Personalbestande und in der Vertretungsbefugnis des Vorstandes einer AktGes. § 234 [1]ff.; Statutenänderung von AktGes. § 277 [1]; des Kapitalserhöhungsbeschlusses einer AktGes. § 280; Kapitalserhöhung der AktGes. § 284 [1]ff., 285ff.; des Beschlusses über Herabsetzung des Aktienkapitals § 289 [1]; erfolgter Herabsetzung des Grundkapitals § 291 [1]ff.; Auflösung der AktGes. § 293; Liquidation der AktGes. § 296 [1]ff.; sog. Verstaatlichung einer AktGes. § 304 [5]; Fusion einer AktGes. § 305 [16], 306 [10]; Aktien-Kommanditges. § 323 [2]; Umwandlung einer Aktien-Kommanditges. § 333 [1]ff.; s. Kommanditgesellschaft auf Aktien sub A, B; s. Zweigniederlassung, Eintragung, Handelsregister.
Annahme, Offerte, Vertragsschluß s. Schlußnote, Exk. zu § 361 [1]ff.; s. Schweigen; Offerte einer kaufmännischen Anweisung § 363 [8]ff.; Firma, Erbschaftsannahme § 27 [1]ff., [10]ff.; vorbehaltlose von Ware § 377 [118]ff., [93]; s. Vorbehalt, Genehmigung.
Annahmepflicht, des Käufers, Exk. vor § 373 [67]; § 373; s. Kauf IV, VI.
Annahmeverzug § 373, § 374; s. Kauf VI; des Verkäufers § 374 [4].
Annonce, keine Offerte, Exk. zu 361 [13].
Annoncenacquisiteur Exk. zu § 415.
Annoncenbureau Exk. zu § 415.
Annoncensammler Exk. zu § 415.
Annoncenspediteur, Tarif 346 [15]; Exk. zu § 415.
Annullieren, Nachfrist, Exk. zu § 374 [96]; s. Rücktritt, Widerruf.
Annullierung s. Widerruf.
Anomale Orderpapiersukzession § 364 [13].
Anpreisungen bei Kauf, keine Zusicherung § 360 [3]; s. AktGes. D VII.
Ansatz in Bilanz, Bemängelung durch Minderheit von Aktionären § 264; s. Bilanz.
Anschaffung, Handelsgeschäft § 343 [22]; s. Anschaffungsgeschäft.
Anschaffungsgeschäfte § 1 [33]; Aktienübernahme durch Simultangründer, kein Anschaffungsgeschäft § 1 [36]; s. Anschaffung.
Anschaffungspreis, in Bilanz der AktGes. § 261 [18]ff.
Ansichtssendung, unbestellt § 377 [201].
Anstellung s. Vorstand, Aufsichtsrat, Ernennung; mit Handlungsgehilfen § 59 [35]; mit Lehrling § 76 [13]; s. Handlungsgehilfen, Lehrling.
Anstifter, Arglist des Verkäufers § 377 [173].
Anteil, Bergwerks- und Fabrikunternehmungen, Börsenterminsgeschäfte Exk. zu § 376 [41]; s. Kommanditges.; AktGes., Anteil des offenen

Digitized by Google

Handelsgesellschafters, juristisches Wesen § 120 [7]; s. Anteilsrechte.
Anteilsrechte, Übertragung vor Eintragung der AktGes. § 200 [15]ff.; s. Anteil, Lagergeschäft I.
Anteilscheine s. Interimsscheine.
Antichrese § 22 [19].
Antiquariat, Kaufmann § 1 [80].
Anträge auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis eines o. HGesellschafters § 117 [1]ff.; dgl. der Vertretungswahl § 127; auf Auflösung der o. HG. § 133; auf Ausschließung § 140; auf Liquidatorenverwendung §§ 146ff.; s. Generalversammlung; s. Offerte, Vertrag, Tagesordnung; s. Geschäftsverbindung, Schweigen; s. Beweissicherung, Revisoren.
Antwort s. Offerte, Annahme, Geschäftsverbindung, Schweigen.
Anweisung, kaufmännische § 363; Indossierbarkeit § 363 [5]ff.; zivilrechtliche § 363 [16]ff.; mündliche § 363 [17]; Konkurs des Anweisenden § 363 [18]; des Käufers bezüglich Übersendung Exk. zu § 382 [31]; des Kommittenten § 385; s. Zurückbehaltungsrecht, Scheck, Übersendung Frachtgeschäft, Kommissionsgeschäft.
Anwendungsgebiet des neuen HGB. E 5.
Anwesend, Vertrag unter A. Exk. zu § 361 [4]ff.
Anzeige, Pflicht des Agenten zur A. vom Geschäftsabschluß § 84 [18]; s. Offerte, Androhung, Mängel, Fixgeschäft, Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter, Frachtführer, Avisieren, Kauf V.
Anzeigepflicht s. Kauf V, Verjährung.
Anzug, Mangel eines Teils § 377 [180]ff.
Apotheker, Firmenzusatz § 18 [10].
Apothekergehilfen § 59 [20].
Apothekergeschäft, Kauf Exk. vor § 373 [3], [19]; s. Kauf.
Arbeitskraft, Einlage? § 161 [9].
Arbeitsmittel s. Anschaffung, Handelsgeschäft.
Arbeitszeit des Handlungsgehilfen § 62 [4].
Arbitrage, Mängelrüge § 377 [32]; s. AKlausel.
Arbitrageklausel § 360 [8], Exk. vor § 373, Exk. zu § 372 [46b], Exk. vor § 373 [24]; freundschaftliche A. ebd.; s. Rüge, Arbitrage.
Arglist, exceptio doli generalis ohne Anfechtungseinrede § 346 [19]; Abhalten von Klageerhebung § 346 [19]; A. des Vertreters Exk. zu § 58 [26]ff.; Ratserteilung Exk. zu § 349 [8], und Gewährleistungsansprüche § 377 [56]; Einrede gegenüber der Verjährungseinrede § 377 [147]; Änderung der Mängelhaftung § 377 [187]; s. Dolus, Anfechtung, Kauf V, Verschweigen, Gewährleistung.
Arglistiges Verschweigen, Mängelanzeige § 377 [38]; von Mängeln § 377 [148]ff.; s. Kauf V 7.
Armenrecht, kein A. für o. HG. § 105 [9].
Arrangement, Akkord Exk. zu § 350 [2]ff.
Arrest s. Zwangsvollstreckung.
Arrha Exk. zu § 348 [1]ff.
Art und Güte von Waren § 360 [1]ff.; A. der Übersendung s. Übersendung.
Arzt kein Kaufmann § 1 [9]; Untersuchung des Handlungsgehilfen § 72 [6].
Assignation s. Anweisung.
Attest s. Richter, Prüfung, Bescheinigung.
Aufbewahrer s. Bankverwahrungsgeschäft, Lagergeschäft.
Aufbewahrung, Probe durch Handelsmakler § 96; von Büchern und Papieren nach Liquidation o. HG. § 157 [9]ff.; Anmeldeanlagen AktGes. § 195 [28]; von Handelsbüchern § 44; Vergütung für A. durch Kaufleute § 354; unbestellter Ware § 377 [201]; vom Kaufe beanstandeter Ware §§ 379ff.; der Probe Exk. zu § 382 [9]; Kosten als Wandelungsanspruch § 377 [71]; Lagergeschäft § 416 [7]ff.; s. Kaufmann, Kauf IV, Lagergeschäft.
Aufforderung der Gläubiger, Liquidation der AktGes. § 297 [1]ff.; dgl. bei Kapitalsherabsetzung § 289; Wahlrecht nach Mängelrüge § 377 [60].
„Aufgabe vorbehalten", Schlußnote § 95.
Aufgebot von Aktien, Interimsscheinen, Kraftloserklärung § 228; Dividendenscheinen? § 228 [4]; von Orderpapieren § 365 Abs. 2, § 365 [13]; Verkauf des Wertpapieres § 381 [6]; s. Amortisation, Abhanden, Kraftloserklärung.
Aufhebung der Generalversammlung § 253 [7]; eines Bilanzgenehmigungsbeschlusses? § 260 [4]; des Kapitalserhöhungsbeschlusses einer AktGes. § 278 [21]; eines Vertrages § 350 [20], [31], [40]; von Miet- und Pachtverträgen § 350 [31].
Aufkündigung s. Kündigung.
Auflassung, Liquidation einer o. HG. § 145 [9]; s. Einlagen, Sacheinlagen, Grundstück.
Auflösung der o. HG. s. o HG. V; Kommanditges. Exk. zu § 177 [1]ff.; einer stillen Gesellschaft §§ 339ff.; einer AktGes. §§ 292ff.; s. Handlungsagent, AktGes. H, Kommanditges. auf Aktien sub F.
Aufrechnung bei der o. HG. § 124 [33]ff.; Einrede des o. HGesellschafters aus dem A.-Rechte der Gesellschaft § 129 [8]ff.; Konkurs der o. HG., Recht des Gesellschafters? § 131 [14]; des Kommanditisten § 171 [20]; unzulässig gegenüber Aktionärverpflichtungen § 221 [4]; seitens Bürgen § 349 [16]; Kontokurrent § 355 [8]ff.; Recht der Agenten § 88 [20]; A. bei AktKommanditges. § 320 [57]; der Bank gegenüber Scheck? Exk. zu § 363 [11]ff.; seitens Kommissionär § 397 [12]ff.; Eisenbahnfrachtvertrag § 469 Abs. 3; s. Konkurs, Verjährung, Teil, Börsentermingeschäfte.
Aufschrift auf Verpackung betr. Gefährlichkeit § 456.
Aufsichtsrat s. AktGes. F II, Kommanditges. auf Aktien sub E.
Aufsichtsrecht s. Richter, Prüfung, Vorstand, Aufsichtsrat.
Auftrag an Zivilmakler durch konkludente Handlungen Exk. vor § 93 [10]; A. und Vollmacht § 48 [1]; s. Banken, Offerte, Vertretung; zur Geschäftsbesorgung, Schweigen als Annahme § 362 [1]ff., [4]ff.; A. zu Börsentermin-

Digitized by Google

geschäften Exk. zu § 376 [10]; zu Spielgeschäften Exk. zu § 376 [79].
Auftreten, kaufmännisches, im Rechtsverkehr als o. HG. § 123 [9]ff., § 123 [16]ff.
Aufwand, Gesamtgründungsaufwand § 186 [10]ff.; s. AktGes. D IV.
Aufwendungen, Ersatzansprüche des Gesellschafters § 110 [1]ff.; A. des Kommissionärs § 396 Abs. 2; Wandelungsanspruch § 377 [71].
Augenfällige Fehler s. Mängel, offensichtlich.
Ausbesserung, Zurückbehaltungsrecht an Waren § 369 [47].
Ausbeutung, Wucher Exk. zu § 346 [21].
Ausbildung s. Lehrling.
Ausdruck zweideutiger § 346 [8].
Auseinandersetzung, Ausscheiden aus Kommanditges. Exk. zu § 177 [13]; Gesellschafter einer AktKommanditges. § 330 [35]; Handelsgeschäft § 343 [20]; stille Gesellschaft § 340; s. o. HG. VI, VII; Gelegenheitsgesellschaft, AktGes.
Auseinandersetzungsguthaben, Abtretung, Pfändbarkeit § 109 [11]ff., [17].
Ausfall, Gründerhaftung § 202 [16]ff.; s. Gründung, Kaduzierung.
Ausfallmuster § 377 [33]; Gewährleistung § 377 [125].
Ausfallproben § 377 [33].
Ausführungsanzeige des Kommissionärs § 384, § 405.
Ausfuhrverbot § 411 [5].
Ausgabe, Verbot der A. vor Eintragung der Kapitalserhöhung § 287; s. Aktie, Emission, Zeichenstelle, unzulässig.
Ausgabekurs bei Aktienkapitalserhöhung § 278 [12]ff.
Ausgeschiedene Vorstandsmitglieder, Mitwirkung bei Anmeldung § 234 [2].
Ausgleichung, Kontokurrent § 355 [3]ff.
Aushändigung, Zahlung gegen A. handelsrechtlicher Orderpapiere § 364 [18]; s. Ladeschein.
Aushilfe, Handlungsgehilfe § 69 [1]ff.
Auskehrung s. Auseinandersetzung.
Auskunft, Exk. zu § 349 [1]ff.; Handelsgeschäft Exk. zu § 349 [2]ff.; Haftung ohne Vertragsverhältnis [6]ff., [35]; auf Grund eines Vertrages [9]ff., [34]; Zusammenhang mit andern Verträgen, insbes. Kommissionär [12]ff.; mit Kreditauftrag [15]ff.; Einzelheiten der Schadensersatzpflicht [17]ff.; konkurrierendes Versehen [28]; Vorausklage [24]; Schadensberechtigter [25]; insbes. „der Angefragte“ [26]; berechtigte Interessen [27]; insbes. durch Angestellte [28]ff.; Verjährung [31]ff.; Ausschluß der Haftung [33]ff.; vertraulich [32]ff., [36]; Verschwiegenheit [36]; A. durch Handlungsbevollmächtigten § 54 [19].
Auskunftsbüreau § 2 [3]; Exk. zu § 349 [1]ff., [3]ff.; s. Auskunftserteilung, Auskunft.
Auskunftserteilung, falsche, unsittliches Geschäft Exk. zu § 346 [18]; s. Auskunft.
Auskunftspflicht des Verkäufers Exk. vor § 373 [61]; keine des säumigen Verkäufers Exk. zu § 374 [27].
Auslagen des Agenten § 90; Aufsichtsrat § 245 [1]ff.; Vergütung für Kaufleute § 354; für Revisoren einer AktGes. § 194; für Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [66]; s. Spesen, Zurückbehaltungsrecht, Kosten.
Ausland, Zweiggeschäft im Inland § 13 [10]; Verlegung des Sitzes einer AktGes. ins Ausland § 292 [20]; Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [31,49]; Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [77]; Firmenmißbrauch § 37 [21]; Verjährungsunterbrechung § 377 [140]; s. Ausländer.
Ausländer, Firmenschutz § 37 [16]; s. Ausland, ausländisch.
Ausländische Gesellschaften § 6 [3]ff.; Kaufmann, Gewerbebetrieb § 6 [1]ff.; AktGes. § 178 [13]; AktGes., Zweigniederlassung § 201 [19]ff.; AktGes., Nichtigkeit, Heilung § 309 [17]; Währung § 361 [6]ff.; A. Urteil betr. Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [31,49]; Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [77]; Handelsfrau, Ehefrau E 75; o. HG. § 105 [45]; s. Ausland.
Ausländischer Staat, Klage gegen . . . . vor inländischen Gerichten. Exk. zu § 372 [12].
Ausländisches Recht, Erforschung, Anwendung, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [11]; s. intern. Privatrecht.
Auslegung von Rechtsgeschäften, Verkehrsmoral E 26; von Handelsgeschäften, Willenserklärung § 346 [1]ff.; von Bürgschaftsurkunden § 350 [6]; von Konkurrenzklauseln § 74 [7] ff. betr. Gerichtsbestimmungen § 380; beabsichtigte Beurkundung eines Vertrages Exk. zu § 361 [82]ff.
Auslieferungsprovision des Kommissionärs § 396.
Auslieferungsschein über Lagergeschäft § 424 [10].
Auslosung, Aktie § 227 [5].
Ausscheiden eines Gesellschafters ohne Firmenänderung § 24 [3]; aus Kommanditges. Exk. zu § 177 [8]ff.; Gesellschafter einer AktKommanditges. § 330 [28]ff.; s. Gelegenheitsgesellschaft; s. o. HG. V, VI; s. Kündigung, Auseinandersetzung, Ausschließung, Auflösung.
Ausschluß eines Gesellschafters, s. o. HG. V, VI; aus Syndikat Exk. zu § 346 [41a]; der Haftung durch Vertrag § 347 [28]; aus Akt.-Kommanditges. § 330 [34]; Mängelhaftung § 377 [114]; s. Kaduzierung, o. HG. VI, Gewährleistung.
Ausschlußurteil s. Aufgebot.
Ausschreibung s. Verlust.
Ausschüttung s. Liquidation, Auseinandersetzung.
Aussetzung der Eintragung eines angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses § 273 [22].
Aussperrung, Syndikatsmitglied Exk. zu § 346 [41].
Ausspielung kein Kauf Exk. vor § 373 [55].
Austorfen, Pacht § 350 [30].
Austritt s. o. HG. V, VI.
Austrocknung von Frachtgut § 459.
Auswahlsendung unbestellte § 377 [201].
Auszug aus vorgelegten Handelsbüchern § 46; aus Mäklertagebuch § 101.
Außenstände s. Firmen, Bilanz.
Außereuropäische Handelsniederlassung, Handlungsgehilfe § 68.
Außerkontraktlich s. Schadensersatz.

Digitized by Google

Außerkurssetzung s. Aktie.
Äußerlich s. erkennbar, Mängel, Kauf V.
Außerordentliche Rechtsquellen des Handelsrechts E 19; Generalversammlung § 254 [1]ff.; s. Generalversammlung.
Automat, Kauf aus Exk. vor § 373 [37].
Autonomie, Begriff E 37; in Handelssachen E 37.
Aval, keine zivilrechtliche Bürgschaft § 349 [10].
Avisieren einer Tratte § 346 [14].

B.

Baar s. Bar.
Backprobe § 377 [13].
Bank s. Emissionshaus.
Bankagent, Zuführung von Differenzkunden Exk. § 376 [82].
Bankanweisung s. Scheck.
Bankdepot s. Lombard.
Bankdepotbuch § 38 [8].
Bankgeschäfte, Handelsmakler § 93 [4].
Bankier, Schweigen auf Auftrag, Annahme? § 362 [1]ff., [4]ff.; Pflicht zur Scheckannahme Exk. zu § 363 [4]ff.; Zurückbehaltungsrecht § 369 [10]; Rückforderung aus verbotenen Börsentermingeschäften Exk zu § 376 [45]; s. Rat, Emissionshaus, Scheck, Inhaberpapier, Pfand, Wertpapier.
Bankiergeschäfte, Grundhandelsgeschäft § 1 [64]ff.; s. Bank, Bankier.
Banknoten § 361 [5]ff.
Bankverwahrungsgeschäfte.
Bankverwahrungsgeschäft, offenes Depot Exk. zu § 424; Übereignung Exk. zu § 424 E; Verpfändung ebd.; Pfändung ebd.; Sonderdepot, Sammeldepot, Summendepot Exk. zu § 424 [1]ff.; vertretbare Wertpapiere Exk. zu § 424 [3]ff.; Pflichten des Verwahrers Exk. zu § 424 [7]ff.; Rechte Exk. zu § 424 [14]ff.; Zeit der Verwahrung Exk. zu § 424 [17]; Erfüllungsort Exk. zu § 424 [19]; Konkurs Exk. zu § 424 [6].
Bar s. Einzahlung.
Barkauf Exk. vor § 373 [37].
Barzahlung s. Wechsel.
Bauentrepriseverträg § 381 [17].
Bauhandwerker s. Minderkaufleute.
Bausch und Bogen, Mangel eines Teils § 377 [180]ff.; Gefahrübergang Exk. zu § 382 [55].
Bauunternehmer, Anschaffungsgeschäfte § 1 [46]ff.; s. Form, Grundstück.
Bauzinsen § 215 [6]ff., 217 [13], 320 [60].
Beamter, kein Kaufmann § 1 [9]; Kaufmann § 7 [2]; des Staats, kein Handlungsgehilfe § 36 [11]; einer AktGes., Vollmacht § 238 [16]ff., [18], § 243, § 248; staatlicher B. als Vorstand einer AktGes. § 231 [10]; Kaution in eigenen Aktien § 226 [6].
Beanstandete Ware § 379; s. Kauf IV, V.
Bearbeiten, Veräußerung § 1 [44]; Handelsgeschäfte durch B. § 1 [52].
Beauftragt s. Auftrag.
Bedarf, Abnahme nach Exk. vor § 373 [35].
Bedingte Forderung, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [21].
Bedingtheit, Maklervertrag Exk. vor § 93 [30].
Bedingung, Offerteannahme Exk. zu § 361 [59]ff.; bei Mahnung Exk. zu § 374 [15]; s. Beweislast, Kündigung.
Beendigung der Liquidation einer AktGes. § 302; s. Liquidation, Kündigung, Auflösung.
Beförderung s. Frachtgeschäft, Transport, Eisenbahn.
Beförderungsschein §§ 463, 426 [18].
Befreiung, keine von Aktionärverpflichtungen § 221; s. Ausschluß, Vertrag.
Befriedigung s. Pfandverkauf, Zurückbehaltungsrecht.
Befristung s. Beweislast. Stundung, Betagt.
Begebungskonsortium Exk. zu § 342.
Begebungsvertrag, Indossament § 364 [1], § 365; s. Indossament, Orderpapier.
Beginn, Verjährung, Gewährleistung § 377 [137]; der o. HG. § 123 [1]ff.; der Geschäfte einer Kommanditgesellschaft vor Einlegung § 176.
Beglaubigung s. Abschriften.
Begleitadresse bei Postsendungen § 426 [8]; Begleitpapiere § 427.
Behinderung des Vorstandes AktGes. § 231 [25a]; des Handlungsgehilfen § 63 [4]ff.
Beiderseitig s. Handelsgeschäft.
Beilagen der Anmeldung einer Zweigniederlassung AktGes. § 201 [16], 201 [30]ff.; Anmeldung der AktGes. § 195 [9]ff.; zum Protokoll der Generalversammlung § 259 [7]; s. Anmeldung.
Beimischungen, vertragswidrige § 378 [4].
Beiträge s. Einlagen, Aktionäre, o. HG.
Bekanntmachung d. Registereintragungen § 10 [1]ff.; Publikationsblätter § 11; des Passivausschlusses bei Geschäftsübernahme § 25 [19]ff.; Konkurs, Handelsregister § 32; Bilanz einer AktGes. § 265; des Pfandverkaufs § 368 [53]; der AktGes., Bestimmung im Statut § 182 [26]; Tagesordnung der Generalversammlung § 256 [1]ff.; bei aktienrechtlicher Anfechtungsklage, Generalversammlungsbeschluß § 272 [13]; Statutenänderung von AktGes. § 277 [3]; Kapitalserhöhung der AktGes. § 284 [6]; der Generalversammlung, ungehörige, Anfechtung § 271 [11]; Änderungen im Aufsichtsrat § 244; Aufforderung zur Aktienrückgabe zwecks Kapitalsherabsetzung § 290 Abs. 2; an Gläubiger einer AktGes. § 297; Verlust an Inhaberpapieren § 367; s. Veröffentlichung, Aufsichtsrat, Kaduzierung, Eintragung, Kommanditges. I, Androhung.
Belastung s. Grundstück, Nießbrauch.
Beleidigung, o. HG. § 124 [3]; Kündigungsgrund § 71 [5]; Agent § 92 [8]; AktGes. § 210 [8]ff.
Beleihen, Kauf auf Probe Exk. zu § 382 [12]ff.
Belohnung der Gründer § 186, § 192; s. Kommissionsgeschäft, Gründer, Provision.
Bemängelung s. Rüge, Mängel.
Benachrichtigung, keine B. erforderlich bei Aktienverpfändung § 223 [18]; des Selbsthilfe-

Digitized by Google

verkaufs § 373 [31]ff., [49]ff.; Benachrichtigungspflicht des Frachtführers bei Ablieferungshindernissen § 437 [1]ff.

Benachteiligung der AktGes. strafbar § 312 [8].

beneficium excussionis realis § 368 [86]; und Zurückbehaltungsrecht § 369 [61].

Benutzung der Sache, Wandelung § 377 [68], [71].

Berechnung s. Tantieme, Frist.

Berechtigte Interessen, Rat, Auskunft Exk. zu § 349 [27].

Bereicherungsanspruch auf Grund unsittlicher Geschäfte Exk. zu § 346 [5]ff.; Verlust durch Vorschriften über gutgläubigen Erwerb § 366 [69]ff.; verbotene Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [45].

Bergwerk, Pacht § 350 [30]; verbotene Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [41]; s. Nachgründung.

Bergwerksgesellschaften, keine juristische Person § 2 [4]ff.

Bericht s. Gründer, Revisoren.

Berlin, einheitliches Handelsregister § 13 [7]; Konkurrenzklausel § 74 [10]; Übersendungskauf § 379 [10].

„Berliner", Firmenzusatz § 18 [12]b.

Berufung der konstituierenden Generalversammlung § 196 [1]ff.; der Generalvers. §§ 253ff., ungehörige Anfechtung § 271 [11]; s. Einberufung, Generalversammlung.

Beschädigung von Aktien §§ 228ff.; Kommissionsgut § 390, §§ 388ff.; Lagergut § 414; Frachtgut § 429; Haftpflicht der Eisenbahn §§ 456, 457.

Bescheinigungen, falsche, zu Stimmzwecken § 316; s. AktGes. Strafbestimmungen sub J; B. des Registerrichters § 9 [3]; der Eisenbahn über Güterempfang § 455.

Beschluß s. Generalversammlung, Aufsichtsrat, Anfechtung, o. HG., Kommanditges.

Beschlußfassung, konstituierende Generalversammlung § 196 [8], § 197 [4].

Beschränkung, Verpflichtungsb. des Aktienzeichners § 189 [16]ff.; der Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis des Vorstandes einer AktGes. § 235 [1]ff., [10]ff.; des Anfechtungsrechts der Aktionäre § 271 [12]; des Stimmrechts der Aktionäre § 252 [4]ff.; der Prokura § 50; der Handlungsvollmacht § 54; des Handlungsgehilfen nach Beendigung des Dienstverhältnisses § 74; der Liquidatoren einer o. HG. § 151; der Eisenbahnhaftpflicht § 460; s. Handlungsvollmacht, Vollmacht, Prokura, Lohnbeschlagnahme.

Beschwerde im Ordnungsstrafverfahren § 14 [4]ff.; gegen Ablehnung der Revisorenernennung § 266 [15]; gegen Beschlüsse des Registerrichters § 14 [1]ff., [3]ff.; s. Richter, Zwangsvollstreckung, Generalversammlung, Beschwerderecht.

Beschwerderecht des Aktionärs gegen Eintragung von Beschlüssen § 273 [26]; s. Beschwerde.

Besehen und akzeptiert § 360 [5].

Beseitigung heilbarer Mängel einer AktGes. § 310; s. Nachbesserung, Heilung, Mängel.

Besicht, Kauf auf Probe Exk. zu § 382 [12]ff.

Besitz eigener Aktien § 226; **Vermutung** für Eigentum § 366 [51]ff.; Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts § 369 [25]ff., [27]ff.; s. Indossament, Legitimation, redlich, Eigentum, Pfandrecht.

Besitzschein über Lagergeschäft § 424 [10].

Besorgung eines Geschäfts durch Kaufmann, Schweigen als Annahme § 362 [1]ff.; s. Auftrag, Kaufmann.

Besserung s. Kreditkauf.

Besserungsscheine im Akkordverfahren Exk. zu § 350 [9], § 346 [17].

Bestätigungsschreiben, Bedeutung Exk. zu § 372 [38]ff.; s. Erfüllungsort.

Bestellgeld, Abzug Exk. zu § 374 [11]; s. Kosten.

Bestellschein, Annahme, Änderung des Erfüllungsortes? Exk. zu § 372 [36].

Bestellung s. Wahl, Vorstand, Aufsichtsrat, Revisor.

Bestimmbarkeit von Preis und Ware Exk. vor § 373 [23]ff., [29]ff., [35]ff.

Bestimmungsort Exk. zu § 372 [18], [48]; s. Erfüllungsort.

„Bestmöglichst", Verkauf durch Kommissionär § 384 [7].

Betagte Forderung, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [21].

Betrag der Aktien § 180 [1]ff.

Betrieb eines Handelsgewerbes § 1 [15]ff.; kaufmännischer § 2 [1]ff

Betriebsanlagen in Bilanz der AktGes. § 261 [35]ff.

Betriebsstörungen, Übergabeverzug Exk zu § 374 [47]ff.

Betrug, Einrede des Kommanditisten im Konkurse der Gesellschaft? § 171 [12]; Anfechtung der Aktienzeichnung § 189 [24]ff.; Anfechtung der durch Übertragung erlangten Aktionäreigenschaft § 223 [10]ff.; Einrede gegen handelsrechtliche Orderpapiere § 364 [8]ff.; s. Anfechtung, betrügerisch, Dolus.

Betrügerische Einwirkungen auf Kurs, Ankaufsverleitung Exk. zu § 318 [1]ff.; betr. Bekanntmachungen ebd.; s. Betrug, Arglist.

Beurkundung, Gründung der AktGes. § 182 [13]; beabsichtigte eines Vertrages Exk. zu § 361 [82].

Bevollmächtigt, Vertragsschluß Exk. zu § 361 [31]ff.; s. Vollmacht, Stimmenkauf § 31[7].

Bevollmächtigter, als Gründer § 182 [11]; Bestellung durch Vorstand einer AktGes. § 238 [16]; s. Vollmacht, Vertretung.

Bevorzugung, Akkordverfahren Exk. zu § 350 [9].

Bewegliche Sache, Eigentums-Pfanderwerb § 366 [1]ff., [3]ff.; s. Sache, Werklieferungsvertrag.

Beweis, Kaufmannseigenschaft § 1 [13]; Kommanditisteneinlage § 171 [16]ff.; Vollständigkeit des in Urkunde aufgenommenen Vertrages § 350 [59]ff.

Beweiskraft der Handelsbücher Exk. zu § 47.

Beweislast, Firmenmißbrauch § 37 [25]; Handlungsvollmacht § 54 [23]; Gesellschaftsvertrag § 109 [10]; Handeln für o. HG. § 126 [17]ff.; für Dauer des Vertrages einer o. HG.

Digitized by Google

§ 132 [12]; vorübergehende Aushilfe § 69 [6]; für Vorliegen der Entlassung § 70 [4]; Kündigungsfrist § 66 [7]; Dienstverweigerung als Entlassungsgrund § 72 [6]; Provisionsanspruch des Agenten trotz § 88 [12]; Maklerprovision Exk. vor § 93 [11]; Sorgfalt des Aufsichtsrats § 249 [1]; Sorgfalt des Vorstandes § 241 [2]; bei Ansprüchen aus verletzter Sorgfalt § 347 [16]; vereinbarte Qualität § 360 [9]; für gehörige und rechtzeitige Annahmeerklärung Exk. zu § 361 [41]; für Ernstlichkeit der Willenserklärung bei Vertragschluß Exk. zu § 361 [94]; Indossament handelsrechtlicher Orderpapiere § 364 [17]; für Eigentum § 366 [51] ff.; Erfüllungsort Exk. zu § 372 [40]; für Abschlüsse des Kaufvertrages Exk. vor § 373 [84]; angemessener oder üblicher Preis Exk. vor § 373 [85]; für Vertragserfüllung Exk. vor § 373 [86]; für Stundung Exk. vor § 373 [88]; Annahmeverzug § 373 [17]; für Zahlungsverzug Exk. zu § 374 [18]; für Fixcharakter § 376 [7]; für Differenzschulden Exk. zu § 376 [82]; und Substantiierung für Mängelhaftung § 377 [124] ff.; Mängelrüge beim einseitigen Handelskauf § 377 [198]; bei Lieferung eines aliud, Rügepflicht usw. § 378 [14]; für Minderungsanspruch § 377 [83]; Kauf nach Probe Exk. zu § 382 [7] ff.; Kauf auf Probe ebd. [19] ff.; Fragen bei Selbsteintritt des Kommissionärs § 401 [7], § 405 [15]; Arglist des Verkäufers § 377 [153]; s. Kauf V 5; s. Kommissions-, Fracht-, Speditionsgeschäft, Eisenbahn.

Beweissicherung, Verjährungsunterbrechung § 377 [139]; des Käufers und Verkäufers usw. Exk. zu § 379.

Bewertung s. Bilanz.

„Bezahlt“, Bedeutung Exk. vor § 373 [29].

„Bezahlt Brief“, Bedeutung Exk. vor § 373 [29].

„Bezahlt Geld“, Bedeutung Exk. vor § 373 [29].

„Bezahlt Notiz“, Bedeutung Exk. vor § 373 [29].

Bezeichnung s. Kaduzierung.

Bezugsrecht, Aktien §§ 282 ff.; s. Aktienbezugsrecht.

Bierabnahme nach Bedarf Exk. vor § 373 [35].

Bierabnahmevertrag Exk. zu § 346 [10]; Dauer ebd.; Wucher ebd.

Bilanz, Begriff und Notwendigkeit §§ 39 ff.; Formalvorschriften, Unterzeichnung § 41; Commis interessé § 65 [9]; Auseinandersetzung mit ausscheidendem o. HGesellschafter Exk. zu § 141 [5]; Liquidation s. o. HG. VII; Naturalleistung? § 212 [27]; Recht auf Nebenleistungen? § 212 [27]; Veröffentlichung ausl. AktGes.? § 201 [38]; Prüfung durch Aufsichtsrat § 246 [8]; s. Kommanditges. auf Aktien sub C, D, AktGes. G, Tantieme.

Bilanzabschrift für Kommanditist § 166 [1] ff.

Bilanzanfechtung, aktienrechtl. § 273 [1].

Bilanzfälschung, AktGes. strafbar § 312 [7].

Bilanzgenehmigung, Umwandlungsbeschluß einer AktKommanditges. § 333 [3].

Bildhauer, kein Kaufmann § 1 [9].

Billet, unechtes Inhaberpapier Exk. zu § 365 [8]; s. Fahrschein.

Binnenschiffahrt § 425 [6].

Blankoindossament, Aktie § 223 [1], 222 [8]; s. Indossament, Orderpapiere.

Blätter, Publikationsorgane § 11; s. Bekanntmachung, Zeitung.

Bleistiftvermerke in Urkunde § 350 [67].

Blinde in Generalversammlung § 259 [2]; keine Schriftform für B. § 350 [49].

Bodmereibrief, Orderpapier § 363 [38].

bona fides s. guter Glaube, redlich, Erwerb.

Bordell, unsittliche Verträge über Exk. zu § 346 [13].

Börsenausdrücke, einzelne Beispiele Exk. vor § 373 [29].

Börsengesetz Exk. zu § 376; Haftung der Emissionshäuser § 203 [1] ff., [11] ff.; Strafbarkeit des Kommissionärs § 401 [9]; s. Börsentermingeschäfte.

Börsenorgane, autonomes Recht E 37.

Börsenpreis Exk vor § 373 [20] ff.; in Bilanz der AktGes. § 261 [4] ff., [18] ff.; bei Kaduzierung § 220 Abs. 3; (in dubio) Exk. vor § 373 [28] ff.; Selbsthilfeverkauf § 373 [24]; s. Pfandverkauf.

Börsenregister, Eintragung einer Firma eines Einzelkaufmanns § 17 [11]; s. Börsentermingeschäfte.

Börsentermingeschäfte, Börsengesetz, Gesetzgebung Exk. zu § 376 E.

I. Die erlaubten Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [2] ff.; Begriff ebd.; insbesondere fixe Zeitbestimmung Exk. zu § 376 [5]; Prämien, Kassa, Kassakorrentgeschäfte Exk. zu § 376 [3, 5] ff.; Amtliche Preisfeststellung Exk. zu § 376 [8] ff.; Umgehungsgeschäfte Exk. zu § 376 [9, 3]; Aufträge und Vereinigungen zu B. Exk. zu § 376 [10]; Kuxe (?) Exk. zu § 376 [4]; Darlehen zum Zwecke des Abschlusses von B. Exk. zu § 376 [11, 80]; Nachfristsetzung, vertragliche, Exk. zu § 376 [3]; Börsenregister Exk. zu § 376 [12] ff., [32] ff.; Sicherheiten, Anerkenntnisse Exk. zu § 376 [12]; Aufrechnung Exk. zu § 376 [13, 16]; Kein Ersatz von Auslagen (Stempel, Provision) Exk. zu § 376 [13]; Rückforderung von Pfändern, Einschuß Exk. zu § 376 [13]; Schuldübernahme unwirksam Exk. zu § 376 [14]; Anerkenntnis des Kontokorrentsaldos Exk. zu § 376 [16] ff.; Vertragsmäßige Aufrechnung durch Saldoanerkenntnis nach Abwicklung Exk. zu § 376 [16] ff.; Novation ungültig Exk. zu § 376 [20]; Bereicherungsanspruch Exk. zu § 376 [21]; Wechsel: Anerkenntnis unwirksam Exk. zu § 376 [22] ff.; Wechselzahlung als Zahlung nach Abwicklung Exk. zu § 376 [23] ff.; Verpflichtungsscheine Exk zu § 376 [25]; Rückforderungsrechte aus allgemeinen Gründen (Zwang, Irrtum) Exk. zu § 376 [26, 35]; Vergleich Exk. zu § 376 [27]; Schiedsgerichtsklausel Exk. zu § 376 [28]; Berücksichtigung der Ungültigkeit der B. von Amts wegen Exk. zu § 376 [29]; Ausland als Abschluß und Erfüllungsort Exk. zu § 376 [30]; Ausländisches

Digitized by Google

Urteil, Vollstreckbarkeit Exk. zu § 376 [31]; V. von im Auslande wohnenden Personen Exk. zu § 376 [36]; Strafvorschriften Exk. zu § 376 [38]; s. Fixgeschäft, Spiel, Differenzgeschäft.

II. Verbotene Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [40]ff.; Anteile von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen, Getreide- und Mühlenfabrikate Exk. zu § 376 [41]; Begriff der verbotenen Liquidation (Kassa- oder Kontogeschäfte?) Exk. zu § 376 [42]ff.; Nichtigkeit der verbotenen V. Exk. zu § 376 [44]; Rückforderung des nach Abwicklung Geleisteten Exk. zu § 376 [45]; Rückforderung als Verstoß gegen die guten Sitten Exk. zu § 376 [45]; Kontokorrentanerkenntnis, Aufrechnung, Rückforderung Exk. zu § 376 [46]ff.; Hingabe von Kundenwechseln Exk. zu § 376 [45]; V. im Ausland Exk. zu § 376 [48]; Schlußscheine stempelpflichtig Exk. zu § 376 [49]; s. im übrigen oben sub I.

Börsenusancen E 36 ff.; s. Usancen, Handelsgewohnheitsrecht.

Börsenvorstand s. Börsentermingeschäfte.

„Börsenzeit" Exk. zu § 361 [49].

Böser Glaube, Gewinnbezug des Aktionärs § 217 [11], § 366 [22]; s. guter Glaube.

Bösliche Schädigung s. dolus, Schadensersatz, Haftung, absichtlich, Arglist; Schädigung der AktGes. § 203.

Bote, Vertragsschluß durch B. Exk. zu § 361 [32]; s. Mängelanzeige, Vollmacht.

Boykott, Syndikatsmitglied Exk. zu § 346 [41].

Brauerei, Bierabnahmevertrag Exk. zu § 346 [10].

brevi manu traditio § 366 [2], [13]ff.; s. Übergabe, Erwerb.

„Briefe" § 38; Bedeutung Exk. vor § 373 [29]; Frachtgeschäft über B. § 425 [5]; s. Vertragsschluß.

Briefform § 350 [53]; s. Form.

„Briefnotiz", Bedeutung Exk. vor § 373 [29].

Briefwechsel, zweiseitige Schriftform § 350 [53].

Brutto, Auslegungsregeln beim Kaufvertrag § 380 [1]ff.

Buchauszug, Recht des Handlungsgehilfen § 65 [2]; für Agenten § 91 [1]ff.

Bücher, Vorlegung gegenüber Agenten? § 91 [4]; nach Beendigung der Liquidation einer Kommanditges. Exk. zu § 177 [26]; s. Handelsbücher, Buchführung.

Büchereinsicht, Kommanditist § 166 [1]ff.; Aufsichtsrat § 246 [1]ff.; Recht des Kommissionärs § 384 [20].

Buchführung § 38; kaufmännischer Betrieb § 2 [6]; Agent § 84 [30]; Vorstand einer AktGes. § 239 [1]ff.; stille Gesellschaft § 338 [4]ff.; s. Bilanz, Handelsbücher.

Buchhalter, Handlungsgehilfe § 59 [14].

Buchhandel, Verlagsgeschäfte § 1 [78]ff.

„Buchwert" Exk. vor § 373 [34].

Bundesrat, Aktienausgabe unter Mindestbetrag § 180 [8]ff.

Bundesstaat als Unternehmer §§ 36, 42; Übernahme einer AktGes. § 304; Gewährleistung des Aktienertrages § 180.

Bürge, s. Bürgschaft.

Bürgerliches Gesetzbuch, subsidiäre Rechtsquelle E 18; subsidiäre Anwendbarkeit auf AktGes. § 178 [6].

Bürgschaft, Begriff § 349 [1]ff.; Verbindlichkeit eines Dritten, Voraussetzung § 349 [2]; Form § 349 [4]; insbes. seitens Vollkaufmanns § 349 [7]; Inhalt der B.-Erklärung § 349 [10]ff.; Wechsel-B. keine zivilrechtliche B. § 349 [10]; Umfang der Haftung des Bürgen § 349 [11]; insbes. für Vertragsstrafe, Zinsen, Kosten § 349 [11]; Konkurs des Hauptschuldners § 349 [11], [18]; Einrede des Bürgen § 349 [20], § 351; Tod des Hauptschuldners § 349 [15]; Aufrechnung § 349 [16]; Anfechtungsrecht des Hauptschuldners § 349 [18]; Zwangsvergleich des Hauptschuldners § 349 [18]; persönliche Einwendungen § 349 [19]; Einwand der Vorausklage § 349 [20]ff.; selbstschuldnerische B. § 349 [21]ff., [14]; B. auf bestimmte Zeit § 349 [27]ff.; Kredit-B. auf unbestimmte Zeit § 349 [33], [53]ff.; Aufgabe von Sicherungsrechten seitens des Gläubigers § 349 [31]; Pflicht des Gläubigers zur Rechtsverfolgung gegen Hauptschuldner § 349 [32]ff.; Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner § 349 [35]ff.; Befreiungsanspruch? § 349 [35]ff.; Widerrufsrecht § 349 [37]; Regreß gegen Hauptschuldner § 349 [38]; Übergang der Nebenrechte auf den zahlenden Bürgen § 349 [40]ff.; Stellung im Konkurse des Hauptschuldners § 349 [44]; Konkurs des Bürgen § 349 [45]; mehrere Mitbürgen § 349 [46]ff.; Nachbürge § 349 [48]; Rückbürgschaft § 349 [49]; Kreditauftrag § 349 [52]ff.; Kreditvertrag § 349 [56]; B. betr. Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [14]; Spielgeschäfte ebd. [66]; Minderkaufmann § 4 [27]; Rechtsverhältnisse im Akkordvertrag, Liquidationsvertrag Exk. zu § 350 [16]; Minderkaufleute § 351 [1]ff.; Zugehörigkeit zu Handelsgeschäft § 345 [4]; Handelsgeschäft § 343 [27]; Übergang auf zahlenden Bürgen § 349 [40]ff.; Form § 350 [4]ff.; Auslegung von B.-Urkunden § 350 [5]; Fortbestand nach Saldofeststellung § 356 [1]ff.; kein Übergang durch Indossament § 364 [4]; Erfüllungsort Exk. zu § 372 [10].

Bürgschaftsschein § 344 [10]; s. Rat, Empfehlung, Auskunft, Handlungsreisender.

C.

(s. auch K.)

Caducierung s. Kaduzierung, Amortisation.

causa s. Verpflichtungsschein.

Caution s. Kaution.

Cession s. Abtretung.

Chek s. Scheck.

Chikane s. Schikane.

cif Bedeutung § 346 [17]; -Klausel Exk. zu § 372 [13], [31]; -Kauf § 373 [13]; Mängelrüge

Digitized by Google

§ 377 [20]; Kosten der Übergabe Exk. zu § 382 [119]; s. Klausel.
civil s. zivil.
commis intéressé § 65 [4]; Unterschied an stillem Teilhaber § 335; Recht auf Jahresbilanz, Büchereinsicht § 65 [4, 5]; Unabtretbarkeit der Rechte § 65 [5]; Verjährung § 65 [10].
Commission s. Kommission.
compensatio lucri et damni § 347 [25]; Deckungskauf Exk. zu § 374 [73]; s. Aufrechnung.
Conc. . . s. Konz. . .
condictio indebiti gegen Kommanditisten § 169 [7].
Consortien s. Konsortien.
constitutum possessorium § 368 [9, 16]; keine Erfüllung des Verkäufers Exk. vor § 366 [2, 13], § 368 [97]; Pfandbestellung § 373 [56] ff.; seitens Kommissionärs 388 [33] ff.
Conto s. Konto.
Conventionalstrafe s. Vertragsstrafe.
Coupon, Eigenschaft eines Wertpapiers § 381 [10]; s. Dividendenschein.
Cours s. Kurs.
culpa in contrahendo, Vertreter Exk. zu § 58 [26]; s. Versehen.

D.

Daraufgabe Exk. zu § 348.
Daraufgeld Exk. zu § 348.
Darlehn, Handelsgeschäft § 343 [27]; zum Zwecke von Spiel- und Differenzgeschäften Exk. zu § 376 [80]; Aufnahme eines Handlungsgehilfen § 54 Abs. 2.; s. Zinsen, Börsentermingeschäfte.
Darstellungen, Strafbarkeit falscher, AktGes. § 314.
Dauer s. Amtsdauer, Kündigung, Auflösung, Zeitablauf, Lehrling, AktGes.
Dauernd s. Anlage.
Debatte, Schluß der Generalversammlung § 256 [93].
Decharge für Gründungsvorgänge § 205; bei Bilanzgenehmigung AktGes. § 260; s. Entlastung, Vorstand, Aufsichtsrat.
Deckungskauf Exk. zu § 374 [30]; Übergabeverzug des Verkäufers Exk. zu § 374 [68] ff.; s. Fixgeschäft.
Deklaration durch Spediteur § 408 [12]; s. Wertdeklaration.
Dekorts Exk. zu § 474 [11].
Delegation, Vertretungsbefugnis des Vorstandes AktGes. § 232 [15] ff.; seitens Aufsichtsrats § 248 [3] ff.; Ausführung der Aktienkapitalsherabsetzung § 288 [15, 19]; Statutenfassung durch Aufsichtsrat § 274 [8].
Delikt, Vertreter Exk. zu § 58 [33]; AktGes. § 210 [5] ff.; seitens des Vorstandes einer AktGes. § 232 [31] ff.; der Liquidatoren AktGes. § 298 [13]; Übergang von D.-Schulden bei Geschäftsveräußerung? § 22 [29]; s. Schadensersatz, Haftung, Prokura, Bevollmächtigter, o. HG.
Delkredere, Agent § 84 [17]; s. Delkrederehaftung, Bürgschaft.
Delkrederefonds AktGes. § 261 [17], § 262 [10].
Delkrederehaftung des Kommissionärs § 394 [1] ff.; des Agenten § 84 [17]; s. Bürgschaft.
Delkrederekommission § 394 [6], § 394; s. Kommissionsgeschäft.
Delkrederekonto in Bilanz § 261 [17].
demande en garantie, Verjährungsunterbrechung § 377 [140].
Deponieren s. Niederlegen, Hinterlegen, Bankverwahrungsgeschäft.
Depotgeschäft in eigenen Aktien § 226 [3].
Depositengeschäft, Handelsgrundgeschäft § 1 [67].
depositum irregulare § 368 [87]; gutgläubiger Erwerb § 366 [10]; s. Zurückbehaltungsrecht.
Depot, offenes Exk. zu § 424; verschlossenes Exk. zu § 424 E; s. Scheck, Bankverwahrungsgeschäft.
Depotbuch s. Bankdepotbuch.
Depotfixen § 383 [32] ff.; s. Bankdepotgesetz.
Derogierendes Gewohnheitsrecht E 31.
Destinatär s. Speditionsgeschäft.
Deutsch, Sprache in Generalversammlung § 256 [25]; Ankündigung § 255 [5].
Deutsches Reich als Unternehmer §§ 36, 42; Übernahme einer AktGes. § 304; Fahndungsblatt § 367 [5].
Diäten Handlungsreisender § 59 [37].
Diebstahl s. Eigentum, Inhaberpapier.
Dienste als Einlage st. Gesellschafters § 335 [15]; Entgelt für D. eines Kaufmanns § 354 [1] ff., [4] ff.; Aktionärverpflichtungen § 212 [2] ff.; qualifiz. Gründung § 186 [4] ff.; nicht kaufmännische D. von Angestellten § 83.
Dienstverhältnis, Vorstand AktGes. § 231 [22] ff.; der Liquidatoren einer AktGes.; s. AktGes. H III § 295 [14]; s. Aufsichtsrat, Handlungsgehilfen.
Dienstvertrag, Zurückbehaltungsrecht des D. durch den Bevollmächtigten § 369 [49]; zum Abschluß von Spielgeschäften Exk. zu § 376 [79].
Dienstverweigerung des Handlungsgehilfen § 72 [3] ff.
dies interpellat. § 373 [19].
Differenzeinwand, gegenüber Indossatar handelsrechtlichen Orderpapiers § 364 [11].
Differenzgeschäfte, Begriff, Entstehungsgeschichte Exk. zu § 376 [50] ff.; Beziehung auf handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte Exk. zu § 376 [52] ff.; Anwendungsgebiet des § 764 BGB. Exk. zu § 376 [52] ff.; Einrede des Scheingeschäfts Exk. zu § 376 [55]; Kassa- oder Tagesgeschäfte Exk. zu § 376 [62]; Kassakontogeschäft ebenda; Prolongationsgeschäft Exk. zu § 376 [63]; D. durch Kommissionär Exk. zu § 376 [64]; Bedeutung des Nummernverzeichnisses Exk. zu § 376 [64]; Wette, Totalisator Exk. zu § 376 [65]; Sicherheiten für D. unwirksam Exk. zu 376 [66]; Rückforderung des Einschusses Exk. zu 376 [67]; Schuldanerkenntnis Exk. zu § 36 [69]; Kontokorrentsaldo ebd.; keine Rückforderung des Geleisteten Exk. zu § 376 [70] ff.; Besonderheiten für Wechsel Exk. zu § 376 [72]; Vergleich Exk. zu § 376 [75, 27]; Schiedsgericht ebd. [76]; Ausland ebd. [77]; Gesellschaftsverträge zum

Digitized by Google

Abschluß von D. ebd. [78]; Aufträge und Dienstverträge zu D. ebd. [79]; Darlehen ebd. [80]; Stempelpflicht für D. Exk. zu § 376 [81]; Beweislast für D.-Charakter Exk. zu § 376 [82]; Bankagenten, Zuführung von D.-Schuldnern Exk. zu § 376 [82]; Kommissionär, Eintrittsrecht § 400; in Bilanz § 261 [17]; § 343 [27]; Posten im Kontokurrent § 355 [7], [17], [30]; s. Fixgeschäft.

diligentia quam suis § 347 [9]; s. Sorgfalt.

Dingliche Wirkung. Übergabe von Dispositionspapieren § 363 [37]; d. Rechte der o. HG. § 124; der AktGes. § 210.

Diplome, Geschäftsübergang § 22 [25].

Direkte Geschäfte § 88 [15].

Direktor, technischer, als Handlungsgehilfe § 59 [19]; s. Vorstand, Fabrikdirektor.

Diskontierungsgeschäfte, Handelsgeschäft § 1 [67]; s. Zwischenzins, Skonto.

Disponibel, Erfüllungszeit Exk. zu § 372 [45].

Disposition s. Zurverfügungstellen.

Dispositionsfonds § 262 [27] ff.

Dispositionspapiere § 363 [35]; Wirkung der Übergabe § 365 [10] ff.; Verpfändung § 366 [68]; Verpfändung der Ware § 368 [19]; Pfanderwerb an deren Gegenständen § 366 [59], [68]; Verpfändung § 368 [76]; Zurückbehaltungsrecht an § 369 [28] ff.; Realisierung des Zurückbehaltungsrechts an § 371 [23] ff.; Übergabe durch D. Exk. vor § 373 [57]; Selbsthilfeverkauf § 373 [35]; Eigentumsübergang Exk. zu § 382 [62]; Verfolgungsrecht des Verkäufers Exk. zu § 382 [98] ff.; s. Indossament, Orderpapiere.

Dispositionsstellung s. Zurverfügungstellung, Handlungsreisender.

Dispositionsurkunde § 366 [2] ff., [14].

dissensus mutuus § 346 [6].

Distanzkauf, Prüfungsrecht Exk. zu § 372 [46]; s. Kauf II.

Disziplinargewalt des Registerrichters über Organe der AktGes. § 319; s. Ordnungsstrafe.

Dividende § 213 [7] ff.; Beteiligung neuer Aktien an D. § 278 [12]; des Pfandes § 368 [37]; s. AktGes. C.

Dividendenergänzungsfonds § 215 [4]; s. Akt.-Ges. C II.

Dividendengarantie § 215 [4]; bei Verkauf § 381 [13].

Dividendenrecht des Aktionärs § 213 [7] ff.; s. AktGes. C II.

Dividendenscheine § 213 [15]; Aushändigung gegen Leistung? § 223 [28]; Verkauf § 223 [34]; Aufgebot der Aktie § 228 [4]; Eigenschaft eines Wertpapiers § 381 [10].

Dividendenvorzug § 185 [7].

Dolmetscher in Generalversammlung § 259 [2].

dolus des Stellvertreters Exk. zu § 58 [26]; Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung § 361 [9] ff.; Benachteiligung der AktGes. § 312; eventualis des Verkäufers § 377 [152]; s. Betrug, Arglist, Rat, Auskunft.

Doppelte Buchführung § 38 [6].

„Drahtantwort" Exk. zu § 361 [49].

Drahtseilbahn § 453 [6].

Draufgabe Exk. zu § 348 [1] ff.

Dritter gegenüber AktGes., Beschränkung des Vorstandes § 235 Abs. 2; Erlöschen Rechte Dritter wegen Erwerbes bona fide § 366 [32] ff.; Rechte Dritter an Pfand, Pfandverkauf § 368 [6]; arglistiges Verschweigen beim Kauf § 377 [173]; s. Frachtführer, Vertreter, Vollmacht, Haftung, Schadensersatz

Drohen s. Androhen, Verderben.

Drohung s. Anfechtung, Zwang.

Druckereien, Kaufmann § 1 [81].

Drucksachen, Beförderung durch Privatpostanstalten § 425.

Duldung der Zwangsvollstreckung, s. Handelsfrau.

Duplikate von Frachtbriefen §§ 426, 455, s. Kopien.

Durchstreichungen in Handelsbüchern § 43 [3].

E.

Editionspflicht, Urkunden, Handelsbücher 45 ff.

Effektivlieferung s. Differenzgeschäfte, Fixgeschäfte.

Ehefrau als Handelsfrau E 39 ff.; als Handlungsgehilfin? § 59 [9]; Kommanditistin § 161 [6]; stiller Gesellschafter § 335 [5]; s. Ehemann, Handelsfrau.

Ehemann, Geschäftsvermögen der Ehefrau E 68 ff.; Aktie, Stimmrecht § 252 [7]; kein Erlöschen des ehemännlichen Verwaltungsrechtes bei bona fide-Erwerb des Käufers § 366 [36] ff.; s. Ehefrau, Handelsfrau.

Ehrendiplom, Mitveräußerung? § 22 [7].

Ehrverletzung s. Beleidigung, Handlungsgehilfe.

Eid, Vorstand der AktGes., Parteieid, Zeugeneid § 231 [4]; im Prozesse gegen o. HG. § 124 [11].

Eigene, Verbot des Erwerbs eigener Aktien § 226 [1] ff.

Eigenhändige Unterschrift § 350 [46].

Eigenschaft des Vorstandes § 231 [10]; Aufsichtsrat § 243 [5] ff.; s. Mängel, Kauf sub V.

Eigentum, gutgläubiger Erwerb § 366 [1] ff.; Erwerb von dem Eigentümer abhandengekommenen Gegenständen § 366 [45] ff.; Beweislast § 366 [51] ff.; Pflicht des Verkäufers Exk. vor § 373 [56] ff.; Konkurs während schwebenden Kaufvertrages Exk. zu § 382 [97]; E. beim Kommissionsgeschäft § 383 [2] ff.; s. Miteigentum, Übergabe, Indossament, Orderpapiere, Aktie, Einlage, Bereicherung, Wertpapier, Inhaberpapiere.

Eigentumsübergabe, Verkäuferpflicht Exk. zu § 374 [39] ff.

Eigentumsübergang, beim Kauf Exk. zu § 382 [57] ff.

Eigentumsvorbehalt, beim Kauf Exk. zu § 382 [63–74].

Eigentumswechsel an Gegenständen des Zurückbehaltungsrechts § 372.

Eilfracht § 453 [14].

Einberufung s. AktGes. F III, Generalversammlung.

Digitized by Google

Einbringung s. st. Gesellschaft, Einlage, Illation, Einlegepflicht.
Einbringungsvertrag, qualifizierte Gründung s. AktGes. D IV.
Einforderung, Aktionäreinlage § 218 [10].
Eingebrachtes s. Handelsfrau, Ehefrau.
Eingemeindung, Firmenverschiedenheit § 30 [8].
Eingeschrieben s. Brief; Mitteilung an Aktionäre § 257.
Einkauf eigener Aktien § 226 [1]ff.; s. Kauf.
Einkaufskommission § 391; s. Kommissionsgeschäft.
Einkommensteuer, Tantieme § 237 [25].
Einlagen, Liquidation o. HG. § 155 [1]ff., [12]; auf das in Aktien zerlegte Grundkapital, Beteiligung der Aktionäre durch § 178 [19]ff.; des Kommanditisten § 161 [9]; an Aktionär nicht rückzahlbar § 213 [1]ff.; rückständige, während Liquidation der AktGes. § 294 [12]; s. AktGes. D IV, Aktionär, Kommanditges. III, st. Gesellschaft, o. HG.
Einlagepflicht, o. HG. § 111 [1]ff.; s. Einlagen, Einbringung, Illation.
Einlagern s. Lagergeschäft.
Einnahmequelle s. Handelsgewerbe.
Einrede des Verpfänders § 368 [33]ff., des nicht erfüllten Kaufvertrages Exk. vor § 373 [77]; des Kommanditisten § 171 [15]ff.; verjährter Gewährleistungsanspruch § 377 [141]; der Arglist gegenüber Verjährung § 377 [147]; Einredenverjährung gegen Spediteur § 414 Abs. 3; aus Frachtvertrag § 469; s. Orderpapier, Pfandrecht, Börsentermingeschäfte, exceptio, Wandelung.
Einreichung des Protokolls der Generalversammlung zum Handelsregister § 259 [10]; der Aktien zwecks Verminderung der Zahl 290.
Einschuß betr. Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [18]; für Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [67]; s. Wechsel, Börsentermingeschäfte, Spielgeschäfte, Einlagen.
Einseitige Handelsgeschäfte, Anwendbarkeit des HGB. § 345 [1]ff.
Einseitiger Handelskauf, Fragen der Mängelrüge § 377 [195]ff.; Notverkauf, Aufbewahrung § 379 [28].
Einsicht in Jahresrechnungen der AktGes. § 263 [1]ff.; ins Handelsregister § 9 [1]ff.; in vorgelegte Bücher § 46; in Bücher einer aufgelösten Gesellschaft § 157; der Kommanditges. § 166; in Gründungsbericht § 193; Eins.-Recht des Aufsichtsrats § 246; stille Gesellschaft § 338; s. Handelsbücher, Revisoren, Bücher.
Einspruch, Ordnungsstrafverfahren § 14 [6]ff.
Einstandsbilanz § 239 [8].
Einstellung des Geschäftsbetriebes § 27 [22]ff.; Meinungsverschiedenheit der Erben § 27 [27]; des Konkursverfahrens §§ 32, 144, 307; s. Prokura, Vollmacht.
Einstweilige Aufbewahrung seitens Käufers § 379 [15]; Fortführung des Geschäfts mit Firma durch die Erben § 27 [11]ff.
Einstweilige Verfügungen wegen Firmenmißbrauchs § 37 [24]; Entziehung der Vertretungsbefugnis für o. HG. § 127 [7]; Ausschließung eines o. HGesellschafters § 140 [7]; vor Ausspruch der Auflösung einer o. HG. § 133 [9]ff.
Einteilen, Sortenspezifikation § 375 [8].
Eintragung, statthafte, Exk. zu § 8 [6]ff.; Bedeutung der Eintr., Exk. zu § 8 [13]ff.; Passivenausschluß bei Geschäftsübernahme § 25 [17]; Prokura § 53 [1]ff.; Geltung als o. HG. infolge E. § 105 [15, 24]; Beginn der o. HG. § 123 [1]ff.; der Liquidatoren § 148; der Kommanditges. § 161 [10], § 162 [1]ff., [9]ff.; der Zweigniederlassung einer AktGes., Inland § 201 [1]ff.; Ausland § 201 [10]ff.; Ausgabe von Aktien und Interimsscheinen vor E. § 209 [10]; Aktienamortisation § 227 [15]; der Prokura für AktGes. § 238 [8]; Statutenänderung von AktGes. § 277 [2, 4, 6]ff.; Kapitalserhöhung der AktGes. § 284 [8], 285ff.; erfolgter Herabsetzung des Grundkapitals § 291 [1]ff.; Auflösung der AktGes. § 293; sog. Verstaatlichung einer AktGes. § 304 [5]; Fusion einer AktGes. § 305 [16], 306 [10]; Umwandlung einer AktKommanditges. § 333 [4]ff., § 350 [72]; s. Kommanditges. III. IV, Anmeldung, Vorstand, AktGes. D VI, Handelsregister, Aufsichtsrat, Aktienbuch, Kommanditges. auf Aktien sub A, B, Grundstück.
Eintritt in Geschäft eines Einzelkaufmanns § 28 [1]ff.; in bestehende o. HG., Haftung des Eintretenden § 28, § 130 [1]ff.; eines Kommanditisten, Haftung §§ 173, 176 [8]; des Kommissionärs §§ 400ff.; s. Kommissionsgeschäft III 4; s. Eintrittsrecht.
Eintrittsrecht, Konkurrenzverbot des Handlungsgehilfen § 61 [1]ff.; Konkursverwalter, Kauf Exk. zu § 382 [80]ff.; des Kommissionärs §§ 400ff.; der AktGes. vor Eintragung in für sie geschlossene Geschäfte § 200 [6]ff.; in Geschäfte des Vorstandes wegen Konkurrenzverbots § 236 [8]ff.; s. Konkurrenzverbot, Kommissionsgeschäft.
Einwendungen s. Einrede, exceptio.
Einwilligung des Prinzipals in eigene geschäftliche Tätigkeit des Handlungsgehilfen § 60 [9]; in pers. geschäftliche Tätigkeit eines Komplementärs einer AktGes. § 326; s. Zustimmung, Genehmigung, Schweigen.
Einwirkung, betrügerische auf Kurs §§ 318ff.
Einzahlung, Versicherung bei Anmeldung der AktGes. § 195 [17]; E. auf Aktien §§ 218ff., 311, 313; E.-Einfluß auf Gewinnanteil, AktGes. § 214 [2]; durch Aktionäre einer für nichtig erklärten AktGes. § 311 [5]; s. Zahlung, Aktie, Aktionär, Rückstände, Liquidation.
Einzelkaufmann, Eintritt in das Geschäft eines § 28 [1]ff.; Übergang der Firma einer AktGes. auf E. § 22.
Einzelrechte der Aktionäre, Änderung durch Generalvers.-Beschluß? § 274 [10].
Einzelvertretung s. Vorstand, Liquidator.

Digitized by Google

Einziehung, Amortisation, s. AktGes. E, Amortisation, -Inkasso.
Eisenbahnen, Beförderung von Gütern und Reisenden auf E. §§ 453ff., 472; Verkehrsordnung, revisible Rechtsnorm? § 453 [2]ff.; Anwendbarkeit der Vorschriften über Frachtgeschäft § 454; Eisenbahnfrachtvertrag § 453 [5]; Begriff der Eisenbahnen § 453 [6]ff.; Vertragszwang § 453 [9]ff.; Verwahrungspflicht § 453 [13]; Reihenfolge der Transportausführung § 453 [14]; Eilfracht, Frachtsätze ebd.; Schadensersatz wegen Ablehnung und Verzögerung § 453 [15]; Frachtbriefduplikat § 455; Rechte des Absenders und Adressaten bei Vorhandensein eines Frachtbriefduplikates § 455; Verlust des Duplikats § 455 [5]; Haftung für Verlust und Beschädigung des Gutes § 456 [1]ff.; höhere Gewalt § 456 [5]ff.; Umfang der Haftung § 456 [2]ff.; Konkurrierendes Verschulden § 456 [14]; Beweisfragen § 456 [15]; Schadensberechnung § 457; Haftung für Hilfspersonen § 458; Haftungseinschränkungen § 459; Tierbeförderung § 459 [10]; Vermutung für Schadensursache § 459 [12]ff.; Verschulden der Eisenbahn § 457 Abs. 3, § 459 [17]; Gewichtsverlust § 460; Zulassung von Maximalhaftungen, Ausnahmetarife § 461 [1]ff.; Voraussetzungen ebd.; keine Anwendung bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit § 461 [5]; Anwendung auf Geld, Kunstgegenstände, Kostbarkeiten, Wertgegenstände § 462; Wertdeklaration § 463 [1]ff.; Frachtzuschlag § 463 [1]; Reklamation nach Ablieferung § 464; Feststellung der Schäden § 464; Haftung für Reisegepäck § 465; Handgepäck § 465 [6]ff., § 466; Haftung für verspätete Ablieferung § 466 [1]ff.; Sonderzug § 466 [8]; auf Tätigkeit des Absenders beruhende Befreiungsgründe von Haftpflicht § 467; ungenaue Adressen § 467 [1]ff.; Haftung des Absenders für Verschulden § 467 [7]; Beförderung nach Orten ohne Eisenbahnanschluß § 468; Transitgut, Klage und Einrede wegen Transitguts mit durchgehendem Frachtbriefe § 469; Regreß der Eisenbahnen § 469 [8]; Verjährung der Ansprüche aus dem Eisenbahnfrachtvertrage § 470; Parteiabreden unzulässige § 471; s. Personentransport.
Eisenbahnfiskus, Kaufmann § 452 [2].
Eisenbahnstation s. Zweigniederlassung.
Eisenbahnverkehrsordnung, revisible Rechtsnorm? § 453 [2]ff.; s. Eisenbahn.
Eisfreiheit, Zeitbestimmung § 359.
Eisgang, Spedition § 414 [5]; Frachtgeschäft § 428.
Elektrischer Strom, Sache? § 1 [36]; E. Bahn ist Eisenbahn § 453 [6].
Elektrizitätslieferungsvertrag Exk. vor § 373 [16].
Emballage s. Verpackung.
Emission s. Aktie, unzulässig, Emissionshäuser.
Emissionsaufwand, Kapitalserhöhung § 279 [8].
Emissionshäuser, Ausgabe von Interimsscheinen und Aktien unter Mindestbetrag § 209 [2]ff.; dgl. vor Eintragung § 209 [10]ff.; Haftung bei Gründung § 203 [1]ff.; falsche Ankündigungen, Strafbarkeit § 318 [4], § 313; Kapitalserhöhung §§ 282ff.; s. Bank.
Emissionskonsortium Exk. zu § 342.
Emissionskurs, Einstellung in Bilanz § 40 [5]; Ausgabe in Aktien § 184 [5]; Kapitalserhöhung § 278 [9]; s. Kurs, Aktie, Agio.
Emittent s. Emissionshaus.
„Empfang erklärt" § 360 [5]; s. Brief, Annahme, Speditionsgeschäft, Frachtgeschäft, Eisenbahr
Empfangnahme in Läden § 56; s. Zweigniederlassung.
Empfangsschein über Lagergeschäft § 424 [10].
Empfehlung Exk. zu § 349 [1]ff.; Handelsgeschäfte Exk. zu § 349 [2]ff.; Haftung ohne Vertragsverhältnis [6]ff., [35]; auf Grund eines Vertrages [9]ff., [34]; Zusammenhang mit anderen Verträgen, insbes. Kommissionär [12]ff.; mit Kreditauftrag [15]ff.; Einzelheiten der Schadensersatzpflicht [17]ff.; konkurrierendes Versehen [23]; Vorausklage [24]; Schadenersatzberechtigter [25]; insbes. „der Angefragte" [26]; berechtigte Interessen [27]; insbes. durch Angestellte [28]ff.; Verjährung [31]ff.; Ausschluß der Haftung [33]ff.; vertraulich [32]ff., [36]; Verschwiegenheit [36]; s. Na
Ende des Monats Exk. zu § 359 [33]; s. Fix
Endigung s. Kündigung, Auflösung.
Engagement als Handelsgeschäft § 343 [3]; s. Handlungsgehilfe, Stempel.
Entfernung, Erfüllungsort maßgebend § 361 [1]F
Entgangener Gewinn § 347 [17]ff.; s. Schadensersatz, Berechnung.
Entgelt s. Kaufmann, Provision, Vergütung, Revisoren.
Entgleisung, Haftpflicht der Bahn § 456 [5].
Entlassung des Handlungsgehilfen § 70; s. Vorstand, Handlungsgehilfe II, Handlungsagent
Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrats durch Generalversammlung § 260 [8]ff.; s. Decharge.
Entnahme s. Tratte.
Entnahmebefugnis des o. HGesellschafters § 122 [1]ff.; des Komplementars § 169 [1]; dgl. der Kommanditges. auf Aktien § 320, § 320 [68]ff.; s. Tratte, Avis.
Entreprise, Bau, Handelsgeschäft § 343 [22].
Entschädigung der Revisoren § 194 [2]; des Frachtführers bei Rücktritt § 428 Abs. 2; s. Gründung, Vergütung, Schadensersatz.
Entschuldigungsgründe, s. Verzug, Exkulpation, Streik.
Entstehungsgeschichte des HGB., alt und neu E 1ff.
Entwertung des Kommissionsgutes §§ 388ff.; des Lagergutes § 417.
Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis § 117; der Vertretungsbefugnis o. HG § 127 [1]ff.; des Wortes in Generalversammlung § 256 [19]; der Vertretungsbefugnis, Kommanditges. auf Aktien § 320 [77]; der Rechtsfähigkeit, Syndikat Exk. zu § 346 [43]; s. Vertretung, Kommanditges., Vorstand, Gefährdung, Gelegenheitsges.

Digitized by Google

Erben, Haftung für Schulden ererbten Geschäfts § 27; Erbschaftsannahme § 27 [6]; Geschäftsfortsetzung ohne Firma § 27 [6]; mit Firma § 27 [10]; Bekanntmachung des Haftungsausschlusses § 27 [12]; einstweilige Fortführung § 27 [15]; Geschäftsveräußerung durch E. § 27 [25]; mehrere Erben § 27 [25] ff.; Nachlaßforderungen § 27 [30]; Erbteilung § 27 [31]; Firmenschutz § 37 [16]; mehrere, Geschäft eines Einzelkaufmanns § 105 [40]; Geschäftsbeginn o. HG. § 123 [15]; des Handelsmaklers, Pflichten § 103; o. HGesellschafters, Liquidation § 146 [4, 7]; Aktie § 222 [15]; einer Aktie 225 [9]; eines Aufsichtsratsmitgliedes § 245 [15]; Verzug der Erk. zu § 374 [153]; s. Firma, Tod, Erbschaft.

Erbieten zu Geschäftsbesorgung § 362 [1] ff., [10] ff.

Erbrechtliche Verträge, Firma § 350 [33].

Erbschaft, Firma § 22 [6], § 25 [12]; Aktien, Naturalleistung § 212 [17]; Geschäftserwerb §§ 25, 27; s. Erben, o. HG., Nachlaß.

Erfahrungssätze s. Beweislast.

Erfindung, Kauf einer angemeldeten Erk. vor § 373 [8].

Erfüllung, Heilung von Formmangel § 350 [7]; Recht des Nichtsäumigen bei Fixgeschäften § 376 [16] ff.; s. Verzug, Kosten, Kauf.

Erfüllungsangebot, kein Zurückbehaltungsrecht an Sachen als E. § 369 [43].

Erfüllungsort, für Solidarhaft der o. HGesellschafter § 128 [14]; Agent § 84 [29]; Agentenprovision § 88 [18]; Zivilmakler Erk. vor § 93 [42]; Auszahlung an stillen Gesellschafter § 337 [8]; Vertragsstrafe § 348 [34]; Kontokurrentverhältnis § 355 [28], Erk. zu § 372 [1] ff.; Maßgeblichkeit für Preisbestimmung Erk. vor § 373 [33]; maßgebend für Mängelanzeige § 377 [32]; Wandelung § 377 [75]; Kommissionsgeschäft § 384 [30]; Gefahrübergang bei Kauf Erk. zu § 382 [45] ff.; Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung, Entfernung § 361; E. beim Kommissionsgeschäft § 384 [50]; Bankverwahrungsgeschäft Erk. zu § 424 [19]; Lagergeschäft § 420 [5]; s. Gerichtsstand, Zuständig, Handelsgeschäfte IV b.

Erfüllungsverzug des Käufers und Verkäufers Erk. zu § 374; s. Verzug, Kauf VI.

Erfüllungsweigerung, Fristbestimmung? Erk. zu § 374 [84].

Erfüllungszeit bei Handelsgeschäften §§ 358 ff., Erk. zu § 372 [1] ff.; s. Handelsgeschäft IV, IV a.

Erhebliche Mängel und Mengenunterschiede, offensichtlich § 378; s. Abweichung.

Erhöhung s. Kapitalserhöhung, Kommanditges. auf Aktien D.

Erinnerung gegen Vollstreckung, Verweisung auf Pfand § 368 [40].

Erkennbar, nicht rechtzeitig angekommene Annahmeerklärung Erk. zu § 361 [51] ff.; erhebliche Mängel § 378; s. Mängel.

Erkennbarkeit der Tatbestandsmerkmale von Handelsgeschäften § 343 [20].

Erklärung der Gründer, AktGes. § 191; s. Androhung.

Erklärungsfrist s. Frist, Nachfrist.

Erklärungstag, Feiertag Erk. zu § 359 [34] ff., [38] ff.

Erkundigungspflicht des Bankiers, Wertpapiere § 377 [102], s. redlich.

Erlaß, kein von Aktionärverpflichtungen § 221; versprochener Einlage eines stillen Gesellschafters § 342 [11]; der Rechenschaftspflicht des Kommissionärs § 384 [26]; der Untersuchung und der Mängelanzeige § 377 [34].

Erlaubte Börsentermingeschäfte Erk. zu § 376 [1] ff.; s. Börsentermingeschäfte.

Erlöschen der Prokura § 52 [7] ff.; der Vollmacht Erk. zu § 58 [65] ff.; Firma der AktGes. in Liquidation § 302 [6]; eines Antrages Erk. zu § 361 [21] ff.; insbesondere Schweigen, Lotterielos Erk. zu § 361 [21] ff.; des Pfandrechts § 368 [38]; des Eigentumsvorbehalts Erk. zu § 382 [71]; der Firma § 31 [3] ff.; Haftung des Frachtführers § 438; s. Verjährung, Firma, Eintragung.

Ermächtigung zu Verkäufen im Laden § 56; Generalvollmacht ohne Prokura § 54; s. Vorstand, Generalversammlung.

Ermäßigungsrecht, richterliches, bei Konkurrenzverbot § 22 [36].

Ernennung s. Liquidatoren, Revisoren.

Erneuerung der Liquidation einer AktGes. § 302 [16] ff.

Erneuerungsfonds § 261 [38]; in Bilanz § 261 [43].

Erneuerungsschein § 213 [14], § 230; s. AktGes. C II.

Ernstlichkeit s. Zeichnung, Anfechtung, Willensmängel.

Ernteschluß als Zeitbestimmung § 359.

Eröffnungsbilanz § 39; der Liquidatoren o. HG. § 154 [1] ff.; bei AktGes. § 239 [7] ff.; insbes. bei Einbringungsverträgen § 239 [7]; der AktGes. in Liquidation § 299 [1] ff.

Eröffnungsinventur § 39 [2].

Errichtung s. Gründung, Zweigniederlassung, o. HG.

Errichtungskosten s. Bilanz.

Errungenschaftsgemeinschaft, Handelsfrau E 47; s. Handelsfrau.

Ersatz s. Auslagen, Schadensersatz, Haftung, Kosten.

Ersatzware, Recht des Verkäufers, Erfüllungsort Erk. zu § 372 [9]; Recht des Käufers nach Mängelrüge? § 377 [54].

Erschwerung des Fortkommens § 74.

Erstattung s. Auslagen, Kosten.

Erster Aufsichtsrat § 243 Abs. 2; s. Aufsichtsrat.

Erteilung der Prokura §§ 48, 53, 126; s. Prokura, Vollmacht, Decharge.

Erwartungsklausel § 376 [38].

Erwerb einer Firma § 22 [1] ff, [b] ff.; eigener Aktien §§ 226, 241; gutgläubiger § 366 [1] ff.; s. Pfandverkauf, Übergabe, Dispositionspapier, Orderpapier, Inhaberpapier, redlich, Kauf, Übertragung, Nachgründung, Aktie, Firma, Geschäftsübergang, Veräußerung, Versteigerung.

Digitized by Google

Erwerbszweig bei Gründung § 191; s. Bilanz.
Erzeugnisse des Pfandes § 368 [37].
Essentialia s. Beweislast.
Etablissementsname § 17 [6]; s. Firma.
Eventual s. alternativ.
Exceptio caesarea Exk. zu § 374 [13]; doli generalis § 377 [176]; non adimpleti contractus § 377 [128]; quanti minoris § 377 [76] ff.; s. Arglist, Einrede, Kauf V 3.
Exkulpation s. Beweislast, Frachtführer, Streik, Unmöglichkeit, Schadensersatz.
Exportbonifikation § 377 [105].
Exportkommission § 383 [41], § 406 [2].
Exportware, Rüge § 377 [9], [13].
Extraditionsschein über Lagergeschäft § 424 [11].

F.

Fabrikbetrieb im Gegensatz zu Handwerksbetrieb § 4 [10].
Fabrikdirektor s. Direktor.
Fac ... s. Fak ...
Fahrkarte § 472 [16] ff.
Fahrlässigkeit des Stellvertreters bei Vertragsschließung Exk. zu § 58 [26]; vertraglicher Ausschluß der Haftung § 347 [28]; Übergabeverzug Exk. zu § 374 [46]; grobe F. schließt guten Glauben aus § 366 [17], [22]; Kenntnis von Mängeln § 377 [117]; des zusichernden Verkäufers § 377 [149]; des Verkäufers überhaupt § 377 [152]; grobe F. des Käufers § 377 [157]; Berücksichtigung der Verkehrssitte bei Prüfung der F. § 346 [18]; F. des Frachtführers § 430 Abs. 3; Eisenbahn § 461 [5]; s. Sorgfalt, Rat, Auskunft, Kauf V; s. positive Vertragsverletzung.
Fahrnisgemeinschaft, Handelsfrau E 47; s. Handelsfrau.
Fahrschein § 472 [16] ff.
Faksimile § 344 [8]; unter Aktie, Interimsschein § 181; Vorstandszeichnung § 233 [6]; als Unterschrift § 350 [46], § 344 [8].
Faktura, Wert der F. maßgebend für Ersatz durch Spediteur § 408 [19]; Vermerk über Übersendungskosten und Verpackung Exk. zu § 382 [122]; Hinweis auf Mängel § 377 [114]; Vermerk über Mängelhaftung § 377 [187]; widerspruchslose Annahme § 346 [14] Exk. zu § 372 [34]; Zahlungsfristen in Exk. zu § 372 [48]; Mängelrüge § 377 [10], [16]; Bestimmung über Reklamationen § 377 [32].
Fälligkeit, Tantieme des Aufsichtsrats § 245 [17]; Aktionäreinlage § 218 [10]; Zinspflicht aus beiderseitigen Handelsgeschäften § 353 [5] ff.; Holschulden § 353 [8]; Handelsgeschäfte §§ 358 ff.; s. Zeit, Handelsgeschäfte IV a, Kontokurrent, Wechsel, Annahmeverzug, Erfüllungszeit, Zahlungsverzug, Leistung.
Falsche Adressierung der Mängelanzeige § 377 [26].
Fälschung von Bescheinigungen zu Stimmzwecken AktGes. § 316; s. Bilanz.
Falsus procurator, Gesamtprokurist § 48 [12]; Aufsichtsrat § 246 E; Vorstand AktGes. § 232 [6]; s. Pseudo.
Familiennamen s. Namen.
Fassung, Änderung des Statuts einer AktGes. § 274 [3].
Faustpfand s. Pfand.
Fehler s. Mängel.
Feiertage, Handlungsgehilfen § 59 [25]; religiöse des Handlungsgehilfen § 72 [5]; Fristenberechnung Exk. zu § 359 [34] ff.
Fernbrucker, Vertragsschluß Exk. zu § 361 [28] ff., [42].
Fernsprecher, Abschluß durch Handlungsbevollmächtigten § 54 [13]; Vertragsschluß Exk. zu § 361 [28] ff., [42].
fest an die Hand Exk. vor § 93 [17]; Bedeutung § 346 [17].
Feste Spesen, Spediteur § 413 [1] ff.
Festgestellter Reingewinn § 213.
Feststellung s. Mängel, Frachtgut, Saldo.
Feststellungsklage, Verjährungsunterbrechung § 377 [140].
Feuersbrunst, Übergabeverzug Exk. zu § 374 [47] ff.
Fideikommissarische Substitution, Erbe eines o. HGesellschafters § 139 [4].
Fiduziar im Liquidationsvertrag, Präventivkonkurs Exk. zu § 350 [10] ff., [14] ff.; Sicherungskauf § 368 [94] ff.; s. Treuhänder.
Fiduziarisches Geschäft als unsittliches Geschäft § 346 [13].
Filiale s. Zweigniederlassung.
Fingierte Handelsgewerbe § 1 [31]; s. Handlungsreisender, falsch.
Firma.

A. Allgemeines.

Begriff § 17 [1] ff.; mehrere Firmen eines Einzelkaufmanns § 17 [3] ff.; F. kein besonderes Vermögensstück § 17 [4]; Bewertung bei Bilanz § 17 [4]; Etablissementsname § 17 [6]; Telegrammadresse § 17 [7]; Eintragung ins Grundbuch und andere Register? § 17 [8]; ins Börsenregister § 17 [11]; Unterschriften mit F. § 17 [12] ff.; Entstehung und Erlöschen des Rechts zur Firmenführung § 17 [14]; Firmenwahrheit § 17 [16]; F.-Ausschließlichkeit § 17 [15]; Übertragbarkeit § 17 [20]; Sprache und Schriftzeichen der F. § 17 [22]; rechtspolizeiliche Bedeutung § 17 [23]; Firmenfortführung trotz Namensänderung § 21 [1] ff.; Zeichnung bei Gericht § 29 [5]; Änderung der F. oder ihrer Inhaber, Anmeldepflicht § 31 [1] ff.; Erlöschen § 31 [3]; F. auf Ladenschild Exk. zu § 37 [1] ff.; Name eines o. HGesellschafters in F. nach Austritt § 123 [14]; o. HG., Rechte unter Firma § 124 [1] ff.; AktKommanditges. § 322 [7]; F. im Prozesse § 17 [24]; Angabe des Inhabers im Laufe des Prozesses? § 17 [29]; Prozeßpartei? § 17 [32]; insbes. bei Einzelkaufmann § 17 [33]; Wirkungen des Urteils § 17 [35]; Vollstreckung § 17 [36] ff.; Inhaberwechsel während des Prozesses § 17 [37] ff.; o. HG. § 124 [5] ff.; Erlöschen durch Fusion einer AktGes., Anfechtungsklage § 308 [1] ff.; s. Fusion.

B. Arten, Form.

Form der F. des Einzelkaufmanns § 18 [1] ff.; Familienname § 18 [4]; Adelsprädikate, Zusätze

Digitized by Google

§ 18 [4]ff.; Vornamen § 18 [5]; Nachfolgerzusätze §§ 18 [7]ff., 22 [11]; verbotene Zusätze § 18 [10]ff.; Beispiele von Zusätzen § 18 [12]ff.; F. der o. HG. § 19 [1]ff.; F. der Kommanditgef. § 19 [2]; F. der AktGef. und Kommanditgef. auf Aktien §§ 20 [1]ff., 22 Abf. 1; Sachfirma § 20 [1]ff.; gemischte F. § 20 [3]; einer Privatversicherungsgef. § 20 [3]a; Übergangsfragen § 20 [4]; F. der Zweigniederlassung § 30 [8]ff.; insbef. bei Veräußerungen § 30 [12]; juristischer Personen §§ 33 ff.; F. des Fiskus oder eines Kommunalverbandes § 36; gemeinschaftliche F. der o. HG. § 105 [20]; Kommanditgef. § 161 [4]; AktGef. § 182 [16]; f. Bekanntmachung; st. Gesellschaft § 335 [11], [38]ff.; f. Zweigniederlassung.

C. Eintragung ins Handelsregister.

Anmeldepflicht des Kaufmanns § 29 [1]ff.; Firmenänderung, Erlöschen § 31 [1]ff., [3]ff.; juristischer Personen § 33 [3]; Zeichnung der Liquidatoren und des Vorstandes § 35; keine Eintragungspflicht gewerbl. Unternehmungen des Staats, eines Kommunalverbandes § 36; Eintragungszwang bei Handwerkern § 2 [10], [18]; von Minderkaufleuten, Eintragung § 4 [22]a ff.; Wirkung der Eintragung § 5 [1]ff.; Exkurs zu § 5 [1]ff.; der o. HG. § 105 [20]; desgl. Anmeldung u. Änderung §§ 106 ff.; f. Eintragung, Landwirt, Kaufmann, Scheinkaufmann.

D. Übergang des Firmenrechts.

Allgemeines § 22 E (abgeleitete Firmen); Voraussetzungen des Firmenübergangs § 22 [1]ff.; im Prozesse, f. oben A; kein Ü. bei Minderkaufleuten § 22 [1]ff.; Eintragung kein Erfordernis § 22 [3]ff.; Vererblichkeit § 22 [4]; Teilveräußerung eines Geschäfts § 22 [4]; Zweigniederlassung § 22 [4], 30 [13]; Eintritt der Liquidation, des Konkurses § 22 [5], [7]; keine Ersitzung § 22 [6]; Wirkungen des Firmenübergangs § 22 [9]ff.; Nachfolgerzusatz nicht notwendig § 22 [11]; Ü. der Firma von und auf Gesellschaften § 22 [12]ff.; Befugnis zur Weiterveräußerung, Verwendung bei Zweiggeschäften § 22 [13]ff.; Ü. durch Pacht oder Nießbrauch § 22 [15]ff.; Antichrese § 22 [19]; F.-Veräußerung unzulässig ohne Geschäftsveräußerung § 23 [1]ff.; teilweiser Wechsel der Geschäftsinhaberschaft § 24; f. Handelsregister; Verhältnis des Geschäfts- und Firmenerwerbers zu den Gläubigern und Schuldnern § 25 [1]ff.; Ü. einer zu Unrecht eingetragenen Firma § 25 [7]; Geschäftsveräußerung ohne F. § 25 [23]ff.; f. Erben; Veräußerung der Zweigniederlassung mit F. § 30 [12]ff.; Ausscheiden eines o. HGesellschafters § 138 [1]ff., 138 [6]; infolge Aufkündigung einer o. HG. durch Gläubiger § 141 [5]; Kommanditgef. nach Liquidation Exk. zu § 177 [26]; Veräußerung des Vermögens einer AktGef., Liquidation § 303.

E. Firmenschutz.

Allgemeines § 17 [16]ff., [21]; Firmenverschiedenheit, Durchführung § 30 [1]ff.; insbef. bei Eingemeindung § 30 [3]; unterscheidende Zusätze § 30 [7]; F. der Zweigniederlassung § 30 [8], [15]ff.; Einschreiten des Registerrichters gegen unbefugten Firmengebrauch § 37 [1]ff.; seitens Ausländer § 37 [16]; Beweislast § 37 [25]; Verjährung § 37 [25]; Verhältnis zum Warenzeichengef. § 37 [26]; Wettbewerbsgef. § 37 [26]; F. auf Ladenschild Exk. zu § 37 [1]ff.

Firmenzeichnung durch Kollektivvertreter einer AktGef. § 233; f. Unterschrift, Vertretung.

Fiskus, gewerbl. Unternehmen § 36; f. Bundesstaat, Staat.

Fixe Spesen des Spediteurs § 413.

Fixgeschäfte, Begriff und Wesen § 376 [1]ff.; fixe Zeitbestimmung § 376 [2]ff.: Beispiele für und wider § 376 [6]; Beweislast für Fixcharakter § 376 [7]; besondere Rechtsfolgen des Fixgeschäfts (Fixhandelskauf) § 376 [8]ff.; insbesondere Rücktrittsrecht § 376 [9]ff.; Schadensersatz weg. Nichterfüllung § 376 [15]; Berechnung beim Markt- oder Börsenpreis § 376 [16]; Recht auf Erfüllung § 376 [19]; Nachfrist bei Fixgeschäft? § 376 [19]; Anzeige des Erfüllungsverlangens § 376 [21]ff.; Entbehrlichkeit der Anzeige § 376 [24]; Folgen der Anzeige § 376 [25]ff.; Verhältnis der verschiedenen Rechte § 376 [29]; Besonderheiten bei geschehener Vorleistung § 376 [31]ff.; insbesondere bei sog. Sukzessivlieferungsgeschäften § 376 [34]; illoyal verspätete Geltendmachung § 376 [35]; Verzug nach rechtskräftiger Verurteilung § 376 [36]; Verzug bei Tod des Verpflichteten, Anzeige an Nachlaßpfleger § 376 [37]; Nichterfüllung anderer Verpflichtungen (außer Übergabe und Zahlung) § 376 [38]; Abladeklausel, Erwartungsklausel § 376 [38]; Übergangsfragen § 376 [40]; f. Differenzgeschäfte, Börsentermingeschäfte, Kauf; Illoyal verspätete Geltendmachung des Verzuges § 376 [35]; des täglichen Lebens Exk. zu § 374 [4]; Modalitäten bei Konkurseröffnung Exk. zu § 382 [96]; f. Börsentermingeschäfte, Differenzgeschäfte.

Fliegende Kontos § 38 [6].

Flößen, Transport auf F. § 425 [6].

Flüssen, Transport auf § 425 [6].

Flüssige Mittel, Mangel an, Reingewinn § 213 [13].

fob, Bedeutung § 346 [17]; Exk. zu § 372 [31]; Mängelrüge § 377 [20]; Kosten der Übergabe Exk. zu § 382 [119]; Gefahrübergang Exk. zu § 382 [49]; f. Klausel.

force majeure f. höhere Gewalt.

„ab Fabrik" Exk. zu § 372 [29], [32]; Fabrikanteile, verbotene Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [41]; f. Zweigniederlassung.

Forderung, Übergang bei Geschäftsveräußerungen § 22 [24]ff., 22 [27]ff.; in Bilanz § 40 [6]; Verpfändung § 368 [1]ff.; f. Aktiva. AktGef., Fusion, Firma, Abtretung, Verpfändung, Orderpapiere.

Form der Kündigung § 66 [9]ff.; Kommanditgef., Vertrag § 161 [14]; Gründung der AktGef. § 182 [1]ff., [13]; Einbringungsvertrag AktGef. § 186 [19]ff.; Zeichnungsschein § 189 [1]ff.;

Digitized by Google

Anmeldung bei AktGes.-Gründung § 195 [8]; konstituierende Generalversammlung § 196 [1]ff.; Berufung der Generalversammlung § 255 [7]; für Vollmacht, Stimmrecht, Aktionär § 252 [16]ff.; Anfechtungsklage AktGes. § 271 [6]ff.; Verwertung über Zeichnungsschein neuer Aktie § 281 [10]; Firmenzeichnung der AktGes. in Liquidation § 298 [8]; Bürgschaft § 349 [4]ff.; Form der Handelsgeschäfte, Formfreiheit und Ausnahmen § 350 [1]ff.; vereinbarte Form von Verträgen § 350 [30], [56], [65]; Vorverträge § 350 [41]; die gesetzlichen vorgeschriebenen Formen im einzelnen § 350 [42]ff.; Frachtbrief § 426; Indossament handelsrechtlicher Orderpapiere § 365 [1]ff.; kaufmännischer Verpflichtungsschein § 363 [19]ff.; Pfandbestellung § 368 [6]ff.; des Kaufvertrages Exk. vor § 373 [17]; Grundstückskaufe Exk. vor § 373 [19]; der Mängelanzeige § 377 [25]ff.; Folgen der Nichtbeobachtung von Formvorschriften § 350 [70]ff.; gemischtes Geschäft § 350 [73], [31]; Geschäftsveräußerung § 22 [20]ff.; des Gesellschaftsvertrages o. HG. § 105 [42]ff.; Vorstandszeichnung § 233; Einzahlungseinforderung auf Aktie § 218 [12]; Gründung der AktKommanditges. § 320 [20]ff.; Vertrag betr. st. Gesellschaft § 335 [23]; Folgen der Beobachtung, Vermutung der Vollständigkeit § 350 [58]ff.; gemischter Geschäfte § 350 [31]; Schriftform § 350 [42]ff.; Stempel § 350 [46]; Telegramm § 350 [48]; zweiseitige Schriftlichkeit § 350 [50]ff.; gerichtlich notarielle F. § 350 [54]; Kontokurrentvertrag § 355 [12]; Offerte Exk. zu § 361 [14]; gerichtliche oder notarielle Offertenannahme Exk. zu § 361 [76]ff.; Anweisungsannahme § 363 [9], §§ 364ff.; kaufmännischer Verpflichtungsschein § 363 [19]ff.; s. Kaduzierung, Fristbestimmung, Handelsregister, Aktie, Bekanntmachung, Anfechtung, Unterschrift.

Forstwirtschaft § 3.

Fortbildungsschule, Besuch durch Lehrling § 76 [18].

Fortfall, Mängelhaftung § 377 [114]; s. Auflösung.

Fortführung der Geschäfte bei Tod eines Sozius § 137; s. Firma, Fortsetzung.

Fortsetzung, stillschweigende einer o. HG. § 134 [2]; einer aufgelösten AktGes. § 307; s. Saldo, Fortführung.

Fortsetzungsbeschluß einer aufgelösten AktGes. § 307 [1]ff., [10]ff.

Frachtauslagen, Übergabeverzug des Verkäufers Exk. zu § 374 [75].

Frachtbrief s. Frachtgeschäft sub II; s. Transitgut; Duplikat § 455; Erklärung über mangelhafte Verpackung § 459 [5]; Wertdeklaration § 463.

Frachtführer, gutgläubiger Erwerb gesetzlichen Pfandrechts § 366 [61]ff.; Zurückbehaltungsrecht § 369 [46]; § 443; Bestimmungsort Exk. zu § 372 [13]; Beweissicherung Exk. zu § 379; Verhältnis zum Spediteur § 407 [14]; s. gesetzliches Pfandrecht, Fiskus, Frachtgeschäft.

Frachtgeld s. Frachtgeschäft.

Frachtgeschäft s. Eisenbahn.

I. Allgemeines, Begr. des Frachtführers, Kaufmann § 425 [1]ff.; Gegenstand des Frachtvertrages § 425 [2]ff.; rechtlicher Charakter ebd.; Rücktritt des Absenders § 425 [2]; Art der Transportausführung § 425 [2]; Schleppvertrag § 425 [4]; Tiere, Geld, Briefe, Leichen § 425 [5]; Privatpostanstalten § 425 [5]; Telegramm, Telephon ebd.; Binnenschiffahrt § 425 [6]; Hotelbesitzer, Transportgeschäfte der § 425 [7]; Absender, Versender § 425 [9], § 426; Konfiskation des Gutes § 427 [4]; Frachtvertrag mit Eisenbahn Exk. zu § 382 [52]; Verhältnis des Frachtführers zu Käufer und Verkäufer Exk. zu § 382 [56]ff.: s. Frachtbrief, Ladeschein; Unterfrachtführer §§ 432, 449; Rollfuhrunternehmer § 432 [3]; Dispositionsbefugnis des Absenders § 433; des Empfängers § 433 [3], §§ 434, 435; Verhältnis zwischen Absender und Empfänger bei anstandsloser Annahme des Gutes § 438 [17]; Verjährung § 439; Übergang der Rechte und Pflichten auf Nachmänner §§ 441, 442; Rangordnung verschiedenartiger Pfandrechte § 443; analoge Anwendung auf einzelne Transportgeschäfte eines Kaufmanns § 451; Postverwaltungen, Postanweisung, Postschließfach, Vollmacht § 452; Frachtgeschäfte eines Nichtkaufmanns § 451 [4]; Erfüllungsort, örtliches Recht § 425 [12]; Frachturkunden § 426 [15]; Stempel § 426 [19]; Pfändung s. Ladeschein III.

II. Frachtbrief, rechtliche Bedeutung, Beweiskraft § 426 [1]ff.; Pflicht des Absenders zur Ausstellung § 426; Wertdeklaration § 426 [1, 3]; Begleitadresse bei Postsendungen § 426 [8]; F. im Eisenbahnverkehr § 426 [5]; Duplikate ebd.; Gestalt des F. § 426 [10]; durchgehende Frachtbriefe § 432 [6]; Aushändigung des Frachtbriefes an Empfänger § 433 Abs. 2.

III. Ladeschein, Begriff § 444, § 445 [3]; Erfordernisse §§ 445ff.; L. an Order § 445 [3]; Pflicht des Absenders zur Erteilung einer Abschrift § 445 [5]; rechtliche Bedeutung des L. § 446; dingliche Wirkungen des L. § 450; Legitimation durch L. § 447; Übertragung des L. § 447 [1], § 450; Verlust des L. § 448 [2]; Unterfrachtführer § 449; Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe oder Rückgabe des Gutes § 447 [5].

IV. Pflichten des Frachtführers:

1. Rechtzeitige Lieferung, Haftung für Versäumung § 429 [10]; Reisebeginn § 428; Reisehindernis § 428 Abs. 2; Schadensberechnung § 430 [2]; Pflichten bei Vorhandensein eines Ladescheins §§ 447ff.; s. oben Frachtführer.

2. Unbeschädigte Lieferung §§ 429, 430; Voraussetzungen der Haftung § 429 [1]ff.; Verschulden und Beweis § 429 [11]ff., § 430; Kostbarkeiten, Geld, Wertpapiere § 429 Abs. 2; Gefährlichkeit des Gutes § 429 [13]; konkurrierendes Verschulden des Absenders § 429 [13]ff.; vertragliche Milderung der Haftung § 429 [17]ff., § 430 [12]; Schadensberechnung § 430; keine

Digitized by Google

Haftung für entgangenen Gewinn § 430 [3]ff.; Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit § 430 [6]ff.; s. Ladeschein oben III; Gerichtsstand § 430 [15].
3. Haftung für Gehilfen § 431; betrifft auch Verspätungsschaden § 431 [3]; durchgehende Frachtbriefe § 432 [6]; Regreß der Frachtführer § 432; Inhalt und Umfang der solidarischen Haftung § 432 [5].
4. Haftung für Unterfrachtführer § 432 [1]ff.
5. Befolgung der erhaltenen Anweisungen § 433 [1]ff.; gegenüber dem Absender § 433 [7]; gegenüber dem Empfänger § 433 [8], § 434; insbes. nach Beendigung des Transports § 435; Aushändigungspflicht § 435; s. Ladeschein oben III.
6. Keine Versicherungspflicht § 429 [28].
7. Benachrichtigungspflicht bei Ablieferungshindernis § 437 [2].
8. Erlöschen der Haftung nach Annahme des Gutes und Zahlung § 438; Vorbehalt bei Zahlung § 438 [7]; vorherige Feststellung des Schadens durch amtliche Sachverständige § 438 [12]; Feststellung äußerlich nicht erkennbarer Mängel § 438 [18]; Verjährung § 439.
9. Pflicht zur Geltendmachung der Rechte der Vormänner § 441 [1]ff., § 442.
10. Pflicht gegenüber dem durch Ladescheine Legitimierten § 447.

V. Rechte des Frachtführers:

1. Gegen den Absender, auf Ausstellung eines Frachtbriefes § 426; Rechte im Falle des Rücktritts § 425 [1], § 428; Haftung des Absenders für Inhalt des Frachtbriefes § 426; Recht auf Übergabe der Begleitpapiere § 427; auf Erstattung der Mehrkosten bei veränderter Disposition § 433; auf Abschrift des Ladescheins § 445; s. oben Frachtführer.
2. Gegen Empfänger, auf Erfüllung § 435 [7], § 436; auf Zahlung von Frachtlohn, Spesen, Konventionalstrafen § 436 [6]; Teilsendungen § 436 [7]; im Falle der Aushändigung entgegen der Anweisung des Absenders § 433 [10]; Pfandrecht der Vormänner § 441.
3. Hinterlegung und Verkauf § 435 [5], § 437.
4. Pfandrecht § 440; Voraussetzungen § 440 [1]ff.; Gegenstand § 440 [4]ff.; Dauer § 440 [5]ff.; Realisierung § 440 [9]ff.; Pf. mehrerer Frachtführer und Spediteure § 441 [1]ff.; Verhältnis zu anderen Pfandrechten § 443; zu Retentionsrechten § 443 [10].
5. Retentionsrecht § 440 [13].
6. Regreßrechte gegen Unterfrachtführer, Frachtführer untereinander § 432, § 442.

Frachtsätze § 453 [14].
Frachturkundenstempel § 426 [19].
Frachtvertrag s. Frachtgeschäft.
Frachtzuschlag § 463 [1].
Fragepflicht, richterliche, betr. Mängelhaftung § 377 [124].
Franko Waggon Exk. zu § 372 [31]; Bahnhof Exk. zu § 372 [31]; „f. ab Bahnhof", Kosten der Versendung Exk. zu § 382 [119].
Frau, Stellung im Handelsrecht E 38; als Vorstand einer AktGes. § 231 [10]; als Aufsichtsrat § 243 [4]; in Generalversammlung § 252; s. Handelsfrau, Ehefrau, Bürgschaft.
Freiaktien § 178 [18].
Freibleibend, Bedeutung § 346 [17]; ohne Obligo Exk. zu § 361 [16].
Freie Hand, Selbsthilfeverkauf § 373 [34].
Frei hier Exk. zu § 372 [31].
Freigebigkeit, absichtliche Benachteiligung der AktGes. durch F. § 312 [13].
Freight payable and current exchange § 361 [2].
Freihändiger Verkauf des Pfandes, Konkurs § 368 [89].
Freiheitsstrafe, Entlassungsgrund § 72 [8].
Freiwillige Reservefonds § 262 [27]ff.
Fremde Sache, Verkauf Exk. vor § 373 [60]; s. Aktien, Mißbrauch § 318.
Freundschaftliche Arbitrageklausel Exk. vor § 378 [24].
Frist, Erbschaftsannahme § 27 [20]; für Berufung der Generalversammlung § 255 [1]ff.; Regreßklage der Minderheit einer AktGes. § 269 [1]; Anfechtungsklage AktGes. § 271 [9]; Offertenannahme unter Abwesenden Exk. zu § 361 [35]ff.; bewilligte Frist Exk. zu § 361 [43]ff.; Kauf auf Probe Exk. zu § 362 [19]ff.; s. Nachfrist, Wartefrist, Fristsetzung, Fristbestimmung, Kaduzierung, Mängelanzeige, Überlegungsfrist, Verjährung.
Fristbestimmungen, Auslegungsregeln Exk. zu § 359 [18]ff., [25]ff.; Verzug des Käufers oder Verkäufers Exk. zu § 374 [78]ff., [87]ff.; s. Kauf sub VI.
Fristsetzung zur Spezifizierung § 375 [7]; der Rückgewähr, Wandelung § 377 [109]; s. Frist, Kauf.
Früchte auf dem Halm § 1 [38].
Frühjahr, Bestimmung der Leistung § 359 [1]ff.
Fuhrleute, Prinzipal haftet nicht für Forderungen der F. gegen Reisende § 55 [3]; Gewerbegehilfen des Spediteurs § 59 [1]; F. als Frachtführer § 425 [1]ff.
Fund, Sorgfalt § 347 [6].
Fürsorgepflichten des Prinzipals § 62; Lehrling § 76 [20]; Kündigungsgrund wegen Verletzung § 77; Strafvorschriften § 82; des ablehnenden Antragsempfängers, Kaufmanns, für Waren § 362 [16]ff.; s. Schutzvorschriften.
Fusion, Kommanditges. auf Aktien § 330 [22]; s. AktGes. sub H IV, Kommanditges. auf Aktien sub F, G.
Futterkosten, Wandelung § 377 [71].
Füttern, Bestandteil der Aufbewahrungspflicht § 379 [13].

G.

Gang s. Gründung, Fusion, Umwandlung.
Garantie, Dividendeng. § 215 [4]; Tantieme des Vorstandes einer AktGes. § 237 [8]; s. Gewährleistung, Kauf, Bürgschaft, Akkord.

Digitized by Google

Garantieklausel, Bedeutung § 377 [193]; insbes. für Verjährung ebd.
„Garantiert nur nach Muster" Exk. zu § 382 [6];
Garantierter Gewinn, Bedeutung § 346 [17].
Garantievertrag § 349 [60].
Garantiezusagen, Verjährung § 377 [136]; s. Kauf V, Garantie.
Gastwirt, Ankauf von Hotelmobiliar § 1 [42]; Firma auf Ladenschild Exk. zu § 37 [1] ff.; Haftung für Portier? § 431 [4] ff.; s. Hotelier.
Gattungen, Änderung des Verhältnisses von AktGes. § 275 [4] ff.; s. Aktie.
Gattungskauf s. Kauf sub II., Gewährleistung.
Gattungsobligationen, Ware mittlerer Art und Güte § 360 [1] ff.; s. Kauf II.
Gattungsschulden, positive Vertragsverletzung § 377 [100] ff.; s. Kauf II.
Gattungsware, Veräußerung bei Abnahmeverzug Exk. vor § 373 [70]; s. Kauf II.
Gebärden, Annahme durch G. Exk. zu § 361 [29].
Gebrauch, unbefugter des Pfandes § 368 [34]; zwecks Mängelrüge § 377 [13]; der Sache, Wandelung § 377 [68], [71]; s. falsch.
Gebräuche s. Geschäftsgebräuche, Usancen, Verkehrssitten.
Gefahr der Geldübersendung Exk. zu § 372 [58]; Kauf auf Probe Exk. zu § 382 [22]; bei Übersendungskauf Exk. zu § 382 [45]; Platzgeschäft ebd.; bei Eigentumsvorbehalt ebd. [67]; der Mängelanzeige § 377 [26]; Geschäftsführung ohne Auftrag bei dringender G. § 347 [6]; Geschäftsbesorgung der Erben bei G. im Verzuge § 137; Transport beim Kommissionsgeschäft § 384 [30]; Abweichung vom Kommissionsauftrage wegen G. im Verzuge § 385 [11]; desgl. beim Spditionsgeschäft § 408 [15]; Frachtgeschäft § 437 Abs. 2; s. Verzug, Verderben, Selbsthilfeverkauf, Übersendung, Gefahrübergang, Kauf.
Gefährdung des Vertragszwecks, positive Vertragsverletzung Exk. zu § 374 [173] ff., [180] ff.; s. Gefahr.
Gefährlichkeit, Anzeigepflicht des Absenders § 429 [13] ff.; s. Gefahr.
Gefahrübergang, Vorhandensein von Mängeln § 377 [45]; s. Gefahr, Kauf V.
Gefälligkeit, Ausstellung eines Verpflichtungsscheins aus G., Einrede § 364 [14].
Gefälligkeitsakzept, Vergütung für G. § 354 [6].
Gefälligkeitsverbindlichkeiten in Bilanz § 40 [7].
Gefängnis, Briefübergabe Exk. zu § 361 [7]; s. Freiheitsstrafe.
Gegenbeweis gegen Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe § 344 [4].
Gegenseitigkeit, Versicherung auf G., Grundhandelsgeschäft § 1 [61] ff.
Gegenstand des Unternehmens einer AktGes., Bestimmung im Statut § 182 [18]; nichtwirtschaftlicher Geschäftsbetrieb § 182 [19]; s. Änderung.
Gehalt des Handlungsgehilfen § 59 [88]; Nichtgewährung Kündigungsgrund § 71 [3]; Aufsichtsrat § 245 [1] ff.; Pfändbarkeit § 59 [47]; Erfüllungsort, Fälligkeit § 64 [1], [7]; s. Handlungsgehilfe, Vorstand.
Geheimbücher § 38 [6].
Geheimnis, Kauf Exk. vor § 373 [3].
Gehilfen des Kaufmanns § 59 [29]; Kaufvertrag, Haftung für G. § 377 [174]; s. Handlungsgehilfe, Rat, Auskunft, Vertreter.
Geisteskranke, Gewerbebetrieb § 1 [21] ff.
Geld, Währung, Papiergeld usw. § 361 [8] ff.; Erwerb in gutem Glauben § 366 [22], [49] ff.; Frachtgeschäft über G § 425 [5], §§ 429, 462; Haftung der Eisenbahn für Transport von G. § 456 [18], § 462; Entnahme durch o. HG. §§ 121 ff.; kaufm. Anweisung über Leistung von G. § 363; s. Zurückbehaltungsrecht.
„Geld", Börsenausdruck, Bedeutung Exk. vor § 373 [29].
Geldkurs, Erfüllungsort maßgebend für G. § 361 [8] ff.
„Geldnotiz", Bedeutung Exk. vor § 373 [29].
Geldübersendungspflicht Exk. zu § 372 [48] ff.
Geldwechsler § 1 Ziff. 4, § 367; s. Inhaberpapier.
Geldwechslergeschäfte § 1 [66] ff., § 367.
Geldzahlung s. Übersendungspflicht.
Gelegenheitsgesellschaft s. Exk. zu § 342: Begriff Exk. zu § 342 [1]; Konsortien Exk. zu § 342 [1] ff.; Unterbeteiligung Exk. zu § 342 [5]; Stempelfragen Exk. zu § 342 [6].
Gelegentlichkeit von Erwerbsgeschäften, Kaufmannseigenschaft § 1 [30].
Gemeinde, Firmenverschiedenheit § 30 [12].
Gemeine Rechte der Aktionäre § 250 [2] ff.; s. Aktionär.
Gemeiner Wert §§ 430, 457; s. Schadensersatz.
Gemeinnütziges Unternehmen, Aktienausgabe unter Mindestbetrag § 180 [4] ff.
Gemeinschaftliche Aktie § 225 [1] ff.
Gemeinschuldner, Kaufmannseigenschaft § 343 [19]; schwebender Kaufvertrag Exk. zu § 382 [60]; Prokurist § 48 [3]; G. kann keine Prokura erteilen § 48 [4]; Wahl in Aufsichtsrat § 243 [1]; Erwerb vom Gemeinschuldner bona fide § 366 [81].
Gemeinwohl, Gefährdung des G., Auflösungsgrund für AktGes. § 292 [16].
Gemischte Gewerbebetriebe § 1 [23].
Genehmigung des mitberechtigten Vorstandes einer AktGes. § 232 [11]; durch Schweigen § 346 [18] ff.; Handelsgeschäft? § 345 [4]; von Mängeln § 377 [114]; arglistig verschwiegener Mängel § 377 [186]; dgl. Schadensersatz aus unerlaubter Handlung § 377 [175]; Teillieferungen § 377 [178] ff., § 377 [182] ff.; Kauf auf Probe Exk. zu § 382 [12] ff.; G. der Geschäfte eines Agenten § 85; s. Ausländisch, Bundesrat, Stimmrecht, Handlungsagent IV, Kauf V 8.
Generalagentur, keine Zweigniederlassung § 13 [5].
Generalunkosten s. Bilanz.
Generalversammlung, konstituierende § 196 [1] ff., s. AktGes. F III, Kommanditges. auf Aktien sub D.

Digitized by Google

Generalvollmacht § 54 [1].
Generische Leistungen, mittlerer Art und Güte § 360 [1]ff.; s. Gattungs . . .
Genossenschaft s. Umwandlung.
Genußschein § 179 [24] ff.; kaufmännischer Verpflichtungsschein § 363 [28]; s. AktGes. C IV.
Gepäck s. Reisegepäck, Handgepäck, Gepäckschein.
Gepäckschein § 426 [18]; Wertdeklaration § 463.
Gepäckträger, keine Hilfsperson der Eisenbahn § 458 [3].
Gericht, Ernennung von Revisoren für AktGes. § 266 [4] ff.; s. Handelsregister, Prüfung, Eintragung, Richter.
Gerichtliche Beurkundung § 350 [54]; s. Form.
Gerichtsstand, Anfechtung des Kaufvertrages wegen Arglist § 377 [168]; o. HG. § 124 [17]; AktGes § 210 [13]; Klage gegen Vorstand § 241 [39]; Kontokorrent § 355 [21]; bei Fusion einer AktGes. § 306 [18]; Abweichung von gesetzlichem G. Exk. zu § 361 [13]; für Klage auf Abnahme Exk. vor § 373 [74]; dgl. auf Abnahme und Zahlung ebd.; Schadenersatz wegen Nichterfüllung Exk. zu § 374 [74]; Minderungsanspruch § 377 [84]; Wandelung § 377 [75]; Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Kauf § 377 [89]; Schadensanspruch, allgemeiner, bei schuldhaft mangelhafter Lieferung § 377 [106]; für Klage gegen Frachtführer auf Schadensersatz § 430 [15]; s. Erfüllungsort, zuständig.
Gerichtsvollzieher s. Zwangsvollstreckung.
Geringfügige Mängel des Kaufobjekts Exk. zu § 374 [166].
Geringfügigkeit der verzögerten Leistung, Kauf Exk. zu § 374 [38, 11].
Gesamt s. Miteigentum.
Gesamtfrachtvertrag § 432 [1] ff.
Gesamtpreis s. teilweise Lieferung.
Gesamtprokura, AktGes. § 238 [4]; s. Prokura.
Gesamtvertretung, Vorstand, AktGes. § 232 [1]ff.; o. HG § 125; s. o. HG.
Geschäftemachen s. Konkurrenzverbot.
Geschäftsanzeigen unter unbefugter Firma § 37 [18]ff.
Geschäftsbedingungen, Schweigen auf Übersendung § 346 [14]; gedruckte Bekanntgabe Exk. zu § 372 [37].
Geschäftsbeginn der o. HG. § 123 [13].
Geschäftsbericht des Vorstandes, AktGes. § 260 [18]ff., § 265; Kommanditgesellschaft § 265; s. AktGes.
Geschäftsbesorgungen, Entgelt für G. eines Kaufmanns § 354 [4]ff.; stillschweigende Annahme des Auftrages zu G. § 362.
Geschäftsfähigkeit, Verlust seitens Kaufmanns § 1 [25].
Geschäftsführung s. Vorstand, Kommanditgesellschaft auf Aktien sub C.
Geschäftsgebräuche, Mängelanzeige § 377 [87]; s. Usance, Auslegung von Willenserklärungen § 346.
Geschäftsgeheimnis § 59 [39]ff.
Geschäftsherr, Verschulden des Vertreters § 347 [13]; s. Stellvertretung, Pseudovertretung.
Geschäftsjahr § 39 [3]ff.; einer AktGes. § 260 Abs. 2.
Geschäftskreis s. Liquidatoren, Vollmacht.
Geschäftslokal s. Laden.
Geschäftsmann s. Sorgfalt.
Geschäftsordnung, Generalversammlung § 256 [22]; s. Handlungsgehilfe.
Geschäftsräume, Fürsorgepflichten des Prinzipals § 62; Gläubiger des Mannes einer Handelsfrau E 72.
Geschäftsübergang durch Pacht oder Nießbrauch § 22 [15]ff.; s. Firma, Veräußerung.
Geschäftsunfähigkeit, stille Gesellschaft § 335 [26]; s. Vorstand, Aufsichtsrat, Aktionär, Vollmacht; G. des Sozius einer o. HG., Geltung nach außen § 123 [11].
Geschäftsveräußerung, Form § 22 [20]; Wirkungen § 22 [21]ff.; Handelsbücher § 22 [25]; Aktiva § 22 [27]ff.; Passiva § 22 [29]ff.; Konkurrenzverbot § 22 [36]; Verhältnis des Erwerbers zu den Gläubigern und Schuldnern des Geschäfts §§ 25 ff.; Eintragung des Haftungsausschlusses § 25 [17]; G. ohne Firma § 25 [28]ff.; Prozessuales § 25 [30]; Verjährung zugunsten des Geschäftsveräußerers § 26 [1]ff.; G. durch Erben § 27 [24]; G. durch Vermächtnis § 27 [32]; während Prozesses § 17 [42]; Zweigniederlassung mit Firma § 30 [12]; Auflösung des Dienstvertrages? § 70 [27]; Mängel, Beweislast § 377 [128]; Umsatz eines Geschäfts § 377 [42]; Agenturverhältnis § 92 [15]ff.; s. Firma, Fusion.
Geschäftsverbindung, Schweigen als Annahme § 362 [1]ff.; s. Schweigen.
Geschäftswert in Bilanz der AktGes. § 261 [18]ff.
Geschäftszeit, gewöhnliche § 358 [1]ff.
Geschäftszweig, keine Anmeldung zum Register § 29 [4].
Geschenke, Annahme von G., mala fide Exk. zu § 346 [13]; s. Handlungsgehilfe, Freigebigkeit, Schenkung
Gesellschaft s. stille, o. HG., AktGes.
Gesellschaft m. b. H., Handelsbücher § 38 [3]; Kommanditges. auf Aktien, Umwandlung § 334 [8, 9].
Gesellschafter (m. b. H.), kein Kaufmann, desgl. stiller § 1 [18].
Gesellschaftliche Vereinigung von Minderkaufleuten Exk. zu § 342 [8]ff.
Gesellschaftsblätter s. Bekanntmachung.
Gesellschaftsvermögen, Veräußerung im ganzen (AktGes.) § 303.
Gesellschaftsvertrag als Handelsgeschäft § 343 [24]; zum Zweck von Spielverträgen Exk. zu § 376 [38]; s. AktGes. B.
Gesetzliche Pfandrechte § 368 [88]ff.; gutgläubiger Erwerb § 366 [60]ff.; G.-Zinsen § 352.
Gesinde, keine Handlungsgehilfen § 59 [21].
Gesindevermieter Exk. vor § 93 [44].
Gestohlene Gegenstände, Erwerb bona fide § 366 [45]ff.; Pfand § 366 [54]ff.; Veröffentlichung im Reichsanzeiger § 367.
Gesundheit, Sorge des Prinzipals für § 62 [5].

Digitized by Google

Getreide, verbotene Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [41].
Gewalt s. höhere.
Gewährleistung, Einbringungsvertrag bei Gründung der AktGes. § 186 [19]; Ausschluß der G. bei Selbsthilfeverkauf § 373 [38]; für Aktien unter Mindestbetrag § 180 [7]ff., § 377 [39]; s. Wertpapier, Kauf V, Mängel.
Gewahrsam, Verfolgungsrecht des Verkäufers Exk. zu § 382 [98]ff.
Gewerbe § 1 [6]; s. Handelsgewerbe, Kaufmann.
Gewerbebetrieb, kaufmännischer § 2 [1]ff.
Gewerbefrau E 79.
Gewerbegehilfen, Begriff § 59 [15]ff.; Beispiele von G. § 59 [17]; künstlerische Dienste § 59 [18].
Gewerbeordnung § 76 Abs. 4.
Gewerbesteuer s. AktGes.
Gewerbevergehen s. Vorstand.
Gewerblich s. Niederlassung.
Gewerbliche Unternehmungen des Fiskus oder Kommunalverbandes § 36.
Gewerbsmäßig § 1 [6]ff., [11]ff.; s. Makler.
Gewerkschaft, Umwandlung einer AktGes. § 303.
Gewicht, Auslegungsregel § 361 [1]ff; Auslegungsregeln beim Kaufvertrag § 380 [1]ff.
Gewichtsverlust § 460.
Gewinn, o. HGesellschafters §§ 120ff.; Hervorhebung in Bilanz der AktGes. § 261 [46]ff.; entgangener, Schadensersatz wegen Sorgfaltsverletzung § 347 [20]; entgangener G., keine Erstattungspflicht des Frachtführers § 430 [4]; s Kommanditges., Bilanz, AktGes. B, Handelsgewerbe, Tantieme, Handlungsgehilfe, st. Gesellschaft, Reingewinn.
Gewinnanteil, o. HG., Abtretung § 109 [11]ff.
Gewinnanteilscheine § 213 [18], § 230; Aktienaufgebot § 228 Abs. 2; redlicher Erwerb § 367 Abs. 3.
Gewinnverteilung an Aktionär § 214; s. AktGes. C II, AktGes., Genehmigung durch Generalversammlung § 260 [1]ff.. [5]ff.; s. o. HG.
Gewinnverteilungsbilanz § 240 [2]; s. AktGes. G.
Gewinnvortrag, sog. der AktGes. § 262 [32].
Gewohnheiten § 346.
Gewohnheitsrecht s. Handelsgewohnheitsrecht.
Giro, keine zivilrechtliche Bürgschaft § 349 [10].
Giroverkehr s. Scheck.
Glaube, guter des Dritten über Verfügungsrecht des Mannes einer Handelsfrau E 68; Kommanditistengewinn § 172 [9]; Aktienerwerb § 223 [24]ff.; s. redlich; bei Empfang des Aktionärs von Zinsen und Dividenden § 217; Erwerb von Eigentum und Pfand § 366 [1]ff., [16]ff., [27]ff.; Pfanderwerb § 366 [53]ff.; Bereicherungsanspruch des Geschädigten § 366 [69]ff.; Ausdehnung der Regeln über g. G. § 366 [76]ff.; kein Erwerb vom Gemeinschuldner § 366 [81]; Veröffentlichung des Verlustes von Inhaberpapieren § 367 [1]ff.; Zurückbehaltungsrecht § 369 [20], § 372; s. unentgeltlich, Pfandverkauf, Zurückbehaltungsrecht, Irrtum, Orderpapiere, Eigentum.
Gläubiger des Mannes einer Handelsfrau E 69ff.; Anspruch gegen Aktionär wegen rechtswidriger Zahlungen § 217 [1]ff.: direkte Inanspruchnahme des Vorstandes u. Aufsichtsrats einer AktGes. § 241 [11]ff., § 241 [20]ff.: Anspruch gegen Aufsichtsrat § 249 [8]; Verstaatlichung einer AktGes. § 304 [8]; Auflösung durch Gläubiger, st. Gesellschaft § 339 [29]; s. Gläubigerschutz, Kommanditges., Schutz, Pfändung, Akkord, Zwangsvollstreckung, Geschäftsveräußerung, Liquidation.
Gläubigerschutzvorschriften, Aktienkapitalsherabsetzung § 289 [2]ff.; AktGes. § 301; bei Verstaatlichung einer AktGes. § 304 [12]; bei Fusion mit sofortiger Verschmelzung § 306 [15].
Goldsachen, Pfandverkauf § 368 [57].
Gratifikation, zugesagte an Handlungsgehilfen § 59 [34].
Grobe Fahrlässigkeit §§ 347, 430, 438, 457, 461, 464ff.; s. Fahrlässigkeit.
Groß-Berlin, Übersendungskauf § 379 [10]; s. Berlin.
Großgewerbe, Grenze zwischen Kleingewerbe § 4 [19].
Grundbuch, Firmeneintragung § 17 [8]; Vertretung der o. HG. § 125 [28]; Verkehr, Zweigniederlassung § 201 [10]; s. o. HG. sub IV, Nachgründung, Form, Grundstück.
Grundbucheintragungen für Zweigniederlassung § 13 [14].
Gründer, Rechtsverhältnis untereinander § 182 [33]ff.; s. AktGes. D.
Gründerbericht § 191 [1]ff.; s. AktGes. D.
Gründerbezugsrechte § 283 [5].
Gründergenossen, Verantwortlichkeit § 202 [1]ff.; s. AktGes. D I.
Gründergesellschaft § 188 [4].
Gründerlohn § 186 [10]ff.; s. AktGes. D IV.
Grundhandelsgeschäfte, Arten § 1 [32]ff.
Grundkapital, Ansatz in Bilanz § 261 [43]ff.; s. AktGes. E, AktKommanditges.
Grundkapitalsziffer, Bilanz der AktGes. § 261 [13]ff.
Grundschulden, Abtretung § 350 [25], kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an G. § 369 [15].
Grundstücke, Erwerb durch ausländische und fremdbundesstaatliche Gesellschaften oder Personen § 6 [3]; einer o. HG. § 105 [28]ff.; Auseinandersetzung o. HGesellschafter Exk. zu § 141 [3]; Verstaatlichung einer AktGes. § 304 [10]; Kauf Exk. vor § 373 [3], [19]; Hineinarbeiten in G., Werklieferungsvertrag § 381 [17]; Eigentumsvorbehalt des Verkäufers Exk. zu § 382 [70]; Zusicherung des Verkäufers über Größe § 377 [45]; Erwerb durch AktGes. § 210 [7]; Veräußerung des Gesamtvermögens einer AktGes. §§ 303ff.: dgl. Fusion § 306 [13]; s. Nachgründung, Auflassung, o. HG., Grundbuch.
Grundstücksgeschäfte, Beschränkung des Prokuristen § 49 [2]ff.; als Handelsgeschäfte § 343 [3], [22].
Grundstücksmakler Exk. vor § 93; s. Makler.
Grundstücksübereignungsverträge, Form § 311 [20]ff.: Nebenberedungen § 350 [20]: Heilung

Digitized by Google

der Formmängel § 350 [20]; Nebenabreden, Anwendbarkeit des § 313 BGB. § 350 [20].
Gründung, Handelsgeschäft § 343 [27]; s. AktGes. D.
Gründungsaufwand § 186 [10] ff., §§ 195, 202; s. AktGes. D IV.
Gründungsfehler § 188 [4]; s. Gründung.
Gründungsmängel, AktGes. § 309 [2] ff.
Gut, Begriff, Lagergeschäft § 416 [10]; s. Lagergeschäft.
Gute Sitten, rückwirkende Kraft des HGB. E 13; Verstoß ausländischen Rechts Exk. zu § 372 [11]; Rückforderung aus verbotenen Börsenterminsgeschäften, Verstoß? Exk. zu § 376 [45]; s. Fürsorgepflichten, unsittlich.
Gutgewicht, Auslegungsregeln § 380 [1] ff.
Gutgläubig, Pfanderwerb § 368 [26] ff.; s. Glaube, Eigentum, Erwerb, Eigentumsvorbehalt.
Gütergemeinschaft, Handelsfrau E 47; s. Handelsfrau.
Güterrechtsregister, Einspruch des Mannes g. gen Handelsbetrieb der Frau E 59 ff.
Güterversendung s. Speditionsgeschäft.
Guthaben des Kommanditisten § 167 [1]; Verteilung nach Liquidation § 155; s. o. HG., Scheck.
Gutschein § 362 [25].

H.

Haftung der Liquidatoren AktGes. § 298 [13], § 301 [8], §§ 268 ff.; eines ordentlichen Kaufmanns § 347 [1] ff., [5] ff.; des Aufsichtsrats einer AktGes. § 249 [1] ff.; des Emittenten § 203 [1] ff.; des Pfandes § 368 [36] ff.; s. Gewährleistung, Rat, Empfehlung, Schadensersatz, Firma, Eisenbahn, Sorgfalt, Versehen, Komplementar, Bürgschaft, Gründung, Aktionär, Kaduzierung, Delikte, Vollmacht, Prokura, Kommanditges., Vertretung, Eintritt, Erben, Geschäftsveräußerung, Firma.
Halbfabrikate, in Bilanz der AktGes. § 261 [25].
Hand muß Hand wahren § 366 [40]; s. Selbsthilfe, Verkauf.
Handeln vor Eintragung der AktGes. § 200 [6] ff., [10] ff.
Handelsagent, Zuführung von Differenzkunden Exk. zu § 376 [52]; s. Handlungsagent.
Handelsbetrieb s. Handelsgeschäft, Kaufmann.
Handelsbücher, Pflicht zur Führung § 38 [1] ff.; Strafvorschriften § 38 E; Haftung für Vertreter § 38 [3]; Haftung der Mitglieder einer o. HG. § 38 [3]; AktGes. § 38 [3, 5]; G. m. b. H. § 38 [3]; Liquidatoren § 38 [3]; notwendige Eigenschaften der Handelsbücher § 38 [5]; Bankdepotbuch § 38 [6, 8]; Geheimbücher § 38 [6]; doppelte Buchführung § 38 [6]; Handelsbriefe, Verwahrung § 38 [7]; Kopierbuch § 38 [7]; Zweigniederlassung § 38 [8]; Pfändung § 38 [9]; Konkursmasse § 38 [9]; Urkundenfälschung § 38 [10]; Inventur und Bilanz §§ 39 ff.; äußere Form (Sprache, Foliierung) § 43; Aufbewahrungspflicht § 44; Editionspflicht §§ 45 ff.; Einsicht im Prozeß § 46 [2]; bei Vermögensauseinandersetzungen § 47; Beweiskraft Exk. zu § 47; Geschäftsübergang § 22 [26]; Handelsmakler § 100; nach Liquidation der AktGes. § 302 [7] ff.; Kommanditges. auf Aktien § 320 [87]; Vorstand der AktGes. § 239; Minderkaufleute § 4 [25]; s. Aufbewahren, Buchführung, Vorstand, Kontrollrechte.
Handelsfirma, s. Firma.
Handelsfrau E 38 ff.; unverheiratete E 38; verheiratete E 39 ff.; Kaufmann E 38 ff.; Zwangsvollstreckung gegen Rechte des Mannes E 43 ff.; Ehefrau, dingliche Verfügungen E 45; selbständiger Betrieb E 48; Einwilligung des Mannes E 48; Gesellschafterin E 49; im Prozesse E 50; Zwangsvollstreckung gegen H., Rechte des Mannes E 51 ff.; Haftung des Mannes für Geschäftsschulden E 57; Güterrechtsregister, Einspruch des Ehemannes E 59 ff.; familienrechtliche Beziehungen zwischen den Eheleuten E 63 ff.; Herstellung des ehelichen Lebens E 64; persönliche Dienstleistungen E 64, 73; Rechte des Mannes am Geschäftsvermögen E 68 ff.; Verhältnis zu Gläubigern des Mannes E 69 ff.; ausländische E 75; Übergangsfragen E 76 ff.
Handelsgebräuche, Art und Güte von Waren § 360 [6]; s. Verkehrssitte, Usancen.
Handelsgegenstand § 93 [4].
Handelsgericht s. Handelsregister.
Handelsgeschäfte.

I. Allgemeines: Begriff § 343 [1] ff.: von Handwerkern und Minderkaufleuten § 343 [4] ff.; unerlaubte Handlungen? § 343 [19]; unentgeltliche Verfügungen? § 343 [19]; Erkennbarkeit der Tatbestandsmerkmale von H. § 343 [20]; Beispiele von H. § 343 [22] ff.: Vermutung für H.-Qualität § 344 [1] ff.; insbes. bei Schuldschein § 344 [3] ff.; desgl. bei Wechseln, Verpflichtungsscheinen u. a. § 344 [10]; Anwendbarkeit des HGB. auf einseitige H. § 345 [1] ff.; Aktienzeichnung § 210 [18], § 1 [3]; Kauf Exk. vor § 373 [3]; Auslegungsvorschriften § 346 [1] ff.; Schweigen, Treu und Glauben ebd.; Verkehrssitte § 346 [6] ff., [18] ff.; unsittliche Geschäfte Exk. zu § 346 [1] ff.; Privatzwecke § 343 [16]; der Minderkaufleute § 351 [1] ff.; Zinsen bei beiderseitigen H. § 352 [10] ff., § 353 [1] ff.; s. Bürgschaft, Kauf, Geschäftsveräußerung.

II. Arten: absolute H. 343 [3]; Handelsgrundgeschäfte § 343 [3], § 1 [31] ff.; akzessorische H. § 1 [42], § 343 [3]; Vorbereitungsgeschäfte, Hilfsgeschäfte § 343 [14]; absolute Nicht-H.? § 343 [21]; Rat, Empfehlung, Auskunft Exk. zu § 349 [1] ff.; allgemeine Zinspflicht § 353 [1] ff.

III. Abschluß: Form § 350 [1] ff., Exk. zu § 361 [75] ff.; Heilung der Form durch Erfüllung § 350 [7] ff.; abstrakte Schuldversprechen § 350 [11] ff.; Grundstücksübereignungsverträge § 350 [20] ff.; Werkverdingungsverträge § 350 [23] ff.; Mietverträge § 350 [28] ff.; Pacht § 350 [30]; s. Offerte Annahme, Vertrag, Bürgschaft; Form der einzelnen Geschäfte (Beispiele) § 350 [4–41];

Digitized by Google

Schenkungsverträge § 350 [34]; vereinbarte Form § 350 [39], [56]ff.; Abänderung, Aufhebung des Vertrages § 350 [40]; Vorverträge § 350 [41]ff.; die gesetzlich vorgeschriebenen Formen § 350 [43]ff.; Unterschrift, Stempel, Faksimile § 350 [44]ff; Vertretung § 350 [46]ff.; telegraphische Übermittlung § 350 [48]; Blinde, Taube, Analphabeten § 350 [49]; Schriftvertrag (zweiseitig) § 350 [50]ff.; gerichtliche, notarielle Beurkundung § 350 [54]; folgende Beobachtung § 350 [58]ff.; Vermutung der Vollständigkeit § 350 [59]ff.; Folgen der Nichtbeobachtung § 350 [70]ff.; sog. gemischte Geschäfte § 350 [73]; Übergangsfragen § 350 [76]ff.

IV. Erfüllung:

a) Erfüllungszeit, gewöhnliche Geschäftszeit § 358 [1]ff.; Bedeutung der Bezeichnung: Frühjahr, Herbst, Messe und dgl. § 359 [1]; acht Tage § 359 [2]; Fälligkeit in dubio sofort Exk. zu § 359 [2]ff.; Kauf auf Abruf Exk. zu § 359 [4]; nach Möglichkeit, nach Kräften Exk. zu § 359 [3]; vertragliche Erfüllungszeit Exk. zu § 359 [8]ff.; insbes. beim Kauf Exk. zu § 372 [43]ff.; Zug um Zug Exk. zu § 372 [44]; Bestimmungen in Fakturen, Kommissionskopien, Katalogen, Preislisten Exk. zu § 372 [44]; „valuta per" ebd.; in dubio sofort Exk. zu § 372 [45]; „Wiedereröffnung der Schiffahrt" Exk. zu § 372 [45]; bei Distanzkauf Exk. zu § 372 [46]; Klausel „netto Kasse, Zahlung Kasse" Exk. zu § 372 [46]aff.; Einlösung eines Konnossements Exk. zu § 372 [46]b; Arbitrageklausel Exk. zu § 372 [46]b; keine Zahlung vor Prüfung der Waren Exk. zu § 372 [46]ff.; Fälligkeit § 353 [4]ff.

b) Erfüllungsort: Allgemeines Exk. zu § 372 [5]; internationales Privatrecht Exk. zu § 372 [5]ff.; vertragliche Regelung über anzuwendendes Recht Exk. zu § 372 [6]; Alternativer Erfüllungsort Exk. zu § 372 [8]; verschiedener Erf. bei gegenseitigen Leistungen, insbes. bei Kauf Exk. zu § 372 [9], [15], [41]ff.; insbes. bei Bürgschaft und Pfandbestellung Exk. zu § 372 [10], [17]; Ermittelung ausländischen Rechts von Amtswegen Exk. zu § 372 [11]; Unterschied zwischen E. und Bestimmungsort Exk. zu § 372 [13]; cif-Klausel Exk. zu § 372 [13], [31]; Vertragsort Exk. zu § 372 [14]; Erf. für Nebenverpflichtungen Exk. zu § 372 [16]; Ortschaft, Ort, Wohnung Exk. zu § 372 [18]ff., [47]; gewerbliche Niederlassung Exk. zu § 372 [20]; Wohnsitz ebd.; insbes. der Frau ebd.; mehrere Wohnsitze Exk. zu § 372 [23]; Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses Exk. zu § 372 [21]; insbes. bei bedingten oder betagten Forderungen Exk. zu § 372 [21]; Wohnsitzveränderung Exk. zu § 372 [24]; Erf. bei Inhaber- und Orderpapieren Exk. zu § 372 [26]; Änderung des Erf. durch Verzug? Exk. zu § 372 [27]; vertragliche Abänderung des gesetzlichen Erf. Exk. zu § 372 [28]ff.; insbes. Stillschweigen ebd.; durch Geschäftsgebrauch Exk. zu § 372 [29]; „ab Fabrik" Exk. zu § 372 [29], [32]; Überweisung auf Girokonto ebd.; Unwesen in Vertragsformularen, Widerspruch mit Natur des Schuldverhältnisses Exk. zu § 372 [39]; fob-Klausel Exk. zu § 372 [31]; andere die Versendungskosten betreffende Klausel Exk. zu § 372 [31]ff.; Domizilvermerk auf Wechsel Exk. zu § 372 [32]; vorbehaltlose Annahme der Faktura Exk. zu § 372 [34]; Annahme einer Kommissionskopie Exk. zu § 372 [35]; Annahme des Bestellscheins Exk. zu § 372 [36]; Vermerke in Katalogen, Preislisten Exk. zu § 372 [37]; Bestätigungsschreiben Exk. zu § 372 [38]; Schlußscheine Exk. zu § 372 [39]; Beweislast für vertragliche Änderung des Erf. Exk. zu § 372 [40]; Geldübersendungspflicht Exk. zu § 372 [48]; Bestimmungsort Exk. zu § 372 [57]; Gefahr und Kosten Exk. zu § 372 [58]ff.; abweichende Vereinbarungen (Fakturen usw.) Exk. zu § 372 [60]ff.; Münzfuß Exk. zu § 372 [66]; Empfangnahme aus öffentlichen Kassen Exk. zu § 372 [68].

c) Gegenstand bei Gattungsschulden, mittlerer Art und Güte § 360 [1]ff.; s. Klausel; beim Spezieskauf § 360 [7]; Auslegungsregeln hinsichtlich Maß, Gewicht, Währung § 361 [1]ff.

Handelsgesellschaften, Anwendbarkeit der Vorschriften über Kaufleute § 6 [1]ff.; AktGes. § 210 [14]; s. Gesellschaften.

Handelsgewerbe, kaufmännischer Betrieb § 2 [1]ff.; stille Gesellschaft § 335 [6]; Kaufmannsbegriff § 1 [3]; Betrieb durch Vorstand einer AktGes., Konkurrenz § 236; s. Kaufmann, Handelsgeschäft.

Handelsgewohnheitsrecht E 23 ff.; Unterschied von Verkehrssitte E 33; Begriff E 33.

Handelsgrundgeschäfte § 343 [3].

Handelsgut mittlerer Art und Güte § 360 [1]ff., [6]ff., § 377 [39]; Verpackung § 360 [6].

Handelskammer, Revisorenernennung § 192 Abs. 2; s. Handelsstand.

Handelskauf s. Kauf.

Handelsmäkler s. Mäkler.

Handelsniederlassung, Ort der Anmeldepflicht § 29 [2]ff.; s. Sitz, Niederlassung, Zweigniederlassung.

Handelsplatz s. Ort, Ortschaft, Berlin.

Handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte, Registereinwand Exk. zu § 376; s. Börsentermingeschäfte.

Handelsregister, historisches, Zuständigkeit § 8 [1]ff.; Mitwirkung der Organe des Handelsstandes § 8 [3]; H. in Konsulargerichtsbezirken § 8 [4]; Befugnisse des Registerrichters Exk. zu § 8 [1]ff.; Eintragung von Amtswegen Exk. zu § 8 [5]; zulässige Eintragungen Exk. zu § 8 [6]; Prüfungspflicht des Registerrichters Exk. zu § 8 [7]ff.; Ermittelungsrecht des Registerrichters Exk. zu § 8 [9]ff.; zivilrechtliche Bedeutung der Eintragung Exk. zu § 8 [12]ff., § 15; Öffentlichkeit Exk. zu § 8 [12]ff., § 9; Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache Exk. zu § 8 [16]ff.; öffentl. Glauben Exk. zu § 8 [18]; strafrechtl. Fragen, unrichtige Anmeldung Exk. zu § 8 [19]; Einsicht, Recht auf Abschrift, Bescheinigungen § 9 [1]ff.; keine Auskunftspflicht des Richters

Digitized by Google

§ 9 [4]; Rechtshilfe § 9 [5]; Bekanntmachung der Eintragungen § 10 [1]ff.; Publikationsblätter § 11; Form der Anmeldung und Zeichnung, Vollmachten § 12 [1]ff.; Rechtsnachfolge, Beweis § 12 [6]; Inhalt der Eintragung unbedingt, unbefristet § 12 [7]; Zweigniederlassung § 13; Eintragungszwang kaufmännischer Betriebe § 2 [18], [10]; Ordnungsstrafen zur Erzwingung der Anmeldung pp. § 14 [1]ff.; Verfahren § 14 [3]ff.; Beschwerde 14 [4]ff.; Einspruch § 14 [6]ff.; Aufgebung der eigenen gerichtlichen Verfügung § 14 [14]; Nichteintragung einzutragender Tatsachen, Folgen § 15 [1]ff.; nachträgliche Eintragung wegen Veränderung und Beendigung von Rechtsverhältnissen § 15 [4]ff.; Maßgeblichkeit des Registers der Zweigniederlassung für den Geschäftsverkehr § 15 [13]; Eintragung auf Grund der Entscheidung des Prozeßgerichts, desgl. Nichteintragung § 16 [1]ff.; Eintragung des Passivenausschlusses § 25 [18]ff.; Anmeldung bei teilweisem Wechsel der Geschäftsinhaber § 24 [7], §§ 29ff.; Eintragung kein Erfordernis für Kaufmannseigenschaft § 1 [28]; Firmenänderung § 31 [1]ff.; Geschäftsverlegung § 31 [1]; Erlöschen der Firma § 31 [3]; insbes. Eintragung von Amtswegen § 31 [5]; Anmeldung gewisser juristischer Personen §§ 33ff.; Gegenstand der Anmeldung § 33 [8]ff.; Bedeutung der Eintragung und Nichteintragung § 33 [18]; Eintragung von Änderungen in den Rechtsverhältnissen juristischer Personen § 34 [1]ff.; Zeichnung des Vorstandes und der Liquidatoren juristischer Personen § 35; Anfechtungsprozeß aktienrechtl. § 273 [3]; Vermutung gegen guten Glauben? § 366 [25]; Berlin § 13 [7]; Anmeldepflicht betr. Firma und Art der Handelsniederlassung § 29 [1]ff.; Firmenzeichnung § 29 [5]ff.; Prüfungstätigkeit des Richters § 29 [9]; Prüfung des Gesellschaftsvertrages einer o. HG. § 106 [6]; notwendige Anmeldungen betr. o. HG. § 106ff.; Wirksamkeit der o. HG. nach außen § 123 [1]ff.; s. Kaufmann, Firma, Eintragung, Zeichnung, Prüfung, Anmeldung.

Handelsrichter zu Unrecht eingetragener Kaufmann? § 5 [4]; s. Handelsregister.

Handelssache, Begriff, Anwendungsgebiet des HGB. E [5].

Handelsstand, Organe des H., Mitwirkung bei Handelsregister § 8 [3], § 14 [15]; s. Handelskammer.

Handelstausch Exk. vor § 373 [2]; s. Tausch.

Handelsübliche Bekanntmachung bei Geschäftsübernahme § 25 [27]; s. Geschäftsveräußerung, Bekanntmachung.

Handgeld Exk. zu § 348 [1]ff.

Handgepäck § 465 [6]ff., §§ 466, 472.

Handkauf Exk. vor § 373 [37]; s. Kauf.

Handlungsagenten.

I. Allgemeines: Begriff § 84 [1], [2]ff.; Agenturvertrag ein Dienstvertrag § 84 [4]; kein Handlungsgehilfe § 84 [5]; Kaufmannseigenschaft § 84 [13]; Einteilung der Agenten (Vermittlungs-, Abschluß-, Platz-, Bezirks-, General-, Ober-, Unter-, Waren-, Versicherungs-, Auswanderungs-, Transport-, Realkredit-Agenten) § 84 [14]ff.; als Reisender §§ 87, 55; Grundhandelsgeschäfte § 1 [77]; Platzagenten § 55 [4].

II. Pflichten: § 84 [16]ff.; Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns § 84 [16]; Delkredere? § 84 [17]; unverzügliche Anzeige von Geschäftsabschluß § 84 [18]; Befolgung der Weisungen des Geschäftsherrn § 84 [19]; Auskunftserteilung § 84 [20]; persönliche Dienstleistung § 84 [21]; kein gesetzliches Konkurrenzverbot § 84 [22]; Exkulpationspflicht § 84 [27]; Schadensersatzpflicht § 84 [28]; Erfüllungsort § 84 [29]; Buchführung § 84 [30]; Pfl. gegenüber der anderen Partei § 84 [31]; gewerberechtliche Vorschriften § 84 [32]; insbes. Pflichten der Versicherungsagenten § 84 [31]; der reisenden A. § 87.

III. Rechte: Anspruch auf Tätigkeit § 84 [24]ff.; auf Vergütung § 84 [23], §§ 88ff.; Rechte im Falle Unmöglichkeit der Erfüllung seitens des Prinzipals § 84 [26]; Annahme von Zahlungen? § 86 [1]ff.; desgl. Stundung? § 86 [2]ff.; Annahme von Zurverfügungstellung, Mängelrügen § 86 [3]ff.; Gehalt § 88 E; Provisionsanspruch § 88; Entstehungsbedingungen § 88 [1]ff.; Nachorders § 88 [2]; P. der Versicherungsagenten § 88 [3]; Propregeschäft § 88 [3]; Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung § 88 [3]; P. der Verkaufsagenten § 88 [4]ff.; bei Teilzahlungen § 88 [5]; bei Nachlaß, Vergleich, Stundung § 88 [6]ff.; P. bei Nichtausführung § 88 [8]ff.; Zahlungsunfähigkeit eines Kunden § 88 [10]; Streik, Nichterfüllung wegen St. § 88 [11]; Beweislast für P. § 88 [12]; Retouren § 88 [12]; Höhe der Provision § 88 [13]; Delkorts, Skonti ebd.; Abrechnung § 88 [13]; Umsatzprovision § 88 [15]; Erfüllungsort § 88 [16]; Verjährung § 88 [19]; Zurückbehaltungsrecht § 88 [20]; Aufrechnung § 88 [20]; kein Vorzugsrecht im Konkurse § 88 [21]; Pfändbarkeit § 88 [22]; P. des Bezirksagenten § 89; Anspruch auf Besuch der Kundschaft § 89 [2]; Lösung der Geschäftsverbindung mit dem Bezirke § 89 [5]; Kosten u. Auslagen des H. nicht erstattungspflichtig § 90; Recht auf Buchauszug § 91; auf Büchervorlegung? § 91 [4]; Tantieme § 88 E; Provision nach Auflösung § 92 [1].

IV. Vermittlungsagenten, Abschlußvollmacht: Erforderliche Genehmigung des Geschäftsherrn zu Abschlüssen des VAgenten § 85 [1]ff.; stillschweigende Genehmigung ebd.; Haftung des A. als Pseudovertreter § 85 [3]; stillschweigende Genehmigung einer dem A. gemachten Offerte § 85 [4]; Rechtslage der Parteien bei Abschlußvollmacht des Agenten Exk. zu § 85 [1]ff.; desgl. bei Fehlen der Abschlußvollmacht Exk. zu § 85 [4]ff.; reisende Handlungsagenten § 87.

V. Endigung des Agenturverhältnisses: Ordentliche Kündigung § 92 [1]ff.; Auflösung aus wichtigen Gründen § 92 [2]ff.;

Digitized by Google

vertragliches Recht auf jederzeitige Kündigung § 92 [1]; stillschweigende Vereinbarung der Vertragszeit § 92 [1]; K. zur Unzeit § 92 [1]; Provisionspflicht nach Lösung § 92 [1]; wichtige Auflösungsgründe § 92 [2]ff.; Beleidigung § 92 [8]; Konkurs § 92 [8], [12]ff.; Tod § 92 [10]ff.; Änderung im Bestande der o. HG., Krankheit § 92 [14]; Geschäftsveräußerung § 92 [15]ff.

Handlungsbevollmächtigte einer AktGes., Vertretungsbefugnis § 232 [17]ff.; s. Handlungsvollmacht.

Handlungsgehilfe.

I. Allgemeines: H. kein Kaufmann § 1 [18]; Übergangsfragen § 59 [1]ff.; Begriff § 59 [1]ff., [6]ff.; Verhältnis zum Handlungsbevollmächtigten § 59 [3]; zum Gewerbegehilfen § 59 [4]; Rechtsgang, Kaufmannsgerichte § 59 [5a]ff.; Stundenbuchhalter § 59 [9]; Angehörige des Kaufmanns als H.? § 59 [9]; Volontär § 59 [9]; Beispiele von H. § 59 [14]; Erfordernisse des Anstellungsvertrages § 59 [33]; beschränkte Geschäftsfähigkeit? § 59 [35]; Pfändbarkeit und Abtretbarkeit der Ansprüche § 59 [47]ff.; desgl. Aufrechnung, Verpfändung § 59 [47]; Zurückbehaltungsrecht des Prinzipals? § 59 [47]; Vorzugsrecht im Konkurse § 59 [48]; Konkurrenzverbot, gesetzliches §§ 60ff.; Inhalt des K.-Verbotes § 60 [2]ff.; Einwilligung des Prinzipals § 60 [9]; Folgen der Verletzung des K.-Verbotes § 61 [1]ff.; (Schadensersatz, Eintrittsrecht) § 61 [1]ff.; Klage auf Unterlassung § 61 [5]; Pflicht des H. zur Rechnunglegung § 61 [7]; Vertragsstrafe § 61 [11]; Verjährung § 61 [9]; Konkurrenzklausel §§ 74ff., s. unten IV; Fürsorgepflichten des Prinzipals § 62, Ext. zu § 62; Geschäftsräume § 62 [1]; Arbeitszeit § 62 [4]ff.; gute Sitten § 62 [5]; häusliche Gemeinschaft § 62 [6], § 63 [9]; religiöse Rücksichten § 62 [6]; Schadensersatz 62 [7]ff.; widersprechende Abreden § 62 [14]ff., Ext. zu § 62; unverschuldetes Unglück des Handlungsgehilfen § 63 [1]ff., [8]ff.; Tod § 63 [4]; Versicherungsbeiträge § 63 [5]ff.; vertragliche Abreden, Zulässigkeit § 63 [7]; Verpflegung § 63 [9]; monatliche Gehaltszahlung § 64 [1]ff.; Zahlungsort § 64 [7]; Anstellung und Entlassung bei o. HG. § 116 [11]; s. Handlungsreisender.

II. Endigung des Dienstverhältnisses: Kündigung § 66 ff.; gesetzliche Kündigungsfrist § 66; unbestimmte Vertragsdauer § 66 E, § 66 [6]ff.; Auslegung von Vereinbarungen über Dauer § 66 [1]; Endigung bei Geschäftsverkauf, Tod des Prinzipals § 66 [1]; Engagement für eine Geschäftsreise § 66 [1]; stillschweigende Fortsetzung § 66 [2]; Anstellung auf Lebenszeit § 66 [3]; Engagement auf Probe § 66 [4]; Vereinbarung kurzer Kündigungsfristen § 66 [5]; Beweislast für vertragliche Kündigungsfrist § 66 [7]; verspätete, vorzeitige Kündigung, Folgen § 66 [8]; Form der Kündigung § 66 [9]; unbestimmte, bedingte Kündigung § 66 [10]; K. an Feiertagen § 66 [11]; K. durch Bevollmächtigten § 66 [12]; Aufsuchen eines neuen Dienstverhältnisses, Tod des Prinzipals § 66 [1], [14], des Handlungsgehilfen § 66 [14]; zulässige Vereinbarungen von Kündigungsfristen § 67 [1]ff.; Nichtigkeit vertraglicher Kündigungsfristen § 67 [1]ff.; unechte K. § 67 [5]; bestimmte Vertragsdauer § 67 [3]; unbeschränkte Kündigungsfrist bei mindestens 5000 Mk. Gehalt und bei H. außerhalb Europas § 68; Aushilfe, Kündigungsfrist § 69; dgl. Beweislast § 69 [6]; sofortige Kündigung, Entlassung § 70; Erklärung derselben § 70 [1]ff.; nur zulässig per sofort! § 70 [2]; desgl. Beweislast § 70 [4]; Angabe von Gründen nicht erforderlich § 70 [3]; später bekannt gewordene Gründe § 70 [3]; später eintretende Gründe § 70 [3]; wichtige Gründe § 70 [5]ff.; insbes. ohne Verschulden des H. § 70 [5]ff., § 71; Gesamtverhalten als Entlassungsgrund § 70 [6]; Rücktrittsgründe (Irrtum usw.) § 70 [8], [29]; vertragliche Bestimmung über Wichtigkeit § 70 [10]; Folgen der Entlassung § 70 [11]ff.; „zur Verfügung stellen" des H. nicht erforderlich § 70 [12]; sofortige Kündigung seitens des H. § 70 [15]ff.; Klage auf Dienstleistung, Vollstreckung § 70 [15]; Schadensersatz wegen Auflösung infolge vertragswidrigen Verhaltens § 70 [18]ff.; Bemühung um neue Stellung § 70 [20]; Lohnbeschlagnahmebeschränkung § 70 [21]; sonstige Aufhebungsgründe (Anfechtung, Irrtum, Betrug, Zwang § 70 [23]ff.; Geschäftsveräußerung § 70 [27]; Konkurs des Prinzipals § 70 [28]; Rücktritt, Vertrag mit H. § 70 [29]; Verzicht auf Dienste des H. § 70 [30]; wichtige Gründe zur sofortigen Kündigung zugunsten des H. § 71 [1]ff.; insbes. Beleidigung § 71 [5]; Entlassungsgründe zugunsten des Prinzipals § 72 [1]ff.; Untreue, Vertrauensmißbrauch, Konkurrenz § 72 [2]; Spesen, Vertrauensmißbrauch § 72 [3]; Schmiergelder § 72 [2]; Konkurrenz § 72 [2]; Verrat von Geschäftsgeheimnissen § 72 [2]; Dienstverweigerung und Diensversäumnis § 72 [3]ff.; Beweislast § 72 [6]; Krankheit, Entschuldigungsgrund § 72 [5], [9]; Feiertage, religiöse § 72 [5]; Untersuchung durch Arzt § 72 [6]; anhaltende Krankheit § 72 [7]; Freiheitsstrafe § 72 [8]; Tätlichkeiten, Beleidigungen § 72 [9]; im Gesetze nicht aufgeführte Beispiele § 72 [10]; Entlassung durch Kollektivvertreter § 125 [12].

III. Einzelne Rechte: Mittagspause § 59 [25]; Anspruch auf Vergütung § 59 [32]ff.; auf Dienstleistung? § 59 [32]; Erfinderrechte? ebd.; Verjährung § 59 [33]; Urlaub § 59 [33]; Vorschuß § 59 [35]; Gratifikation § 59 [34]; Zurückbehaltungsrecht § 59 [46]; Provisionsansprüche § 65 [1]ff.; Buchauszug § 65 [2]; Tantiemeansprüche § 65 [4]; Büchervorlegung § 65 [3]; Kontrollrechte im Falle der Entlassung § 65 [6]; Abtretbarkeit der Kontrollrechte § 65 [8]; Bilanzbemängelung § 65 [9]; Tantiemeverjährung § 65 [10]; Recht auf Zeugnis § 73 [1]ff.; Inhalt des Z. § 73 [4]; Verzicht auf Z. unwirksam § 73 [5]; Berichtigung des Z. § 73 [6]; Schadensersatzanspruch des neuen Prinzipals wegen unrichtiger Z. § 73 [8].

IV. Pflichten: Art und Umfang der Dienste § 59 [24]ff.; Ortsgebrauch ebd.; Leistung vertragsmäßiger Dienste § 59 [27]; zeitlicher

Digitized by Google

Umfang (Sonn- u. Festtage) § 59 [28]; offene Verkaufsstellen § 59 [28]; Gehorsam § 59 [29]; Klage auf Dienstleistung, Vollstreckung § 59 [30]; Verschwiegenheitspflicht § 59 [38]ff.; Rechenschaftspflicht § 59 [44]; heimliche Provision, verboten? § 59 [46]; Konkurrenzklausel nach Beendigung des Dienstverhältnisses §§ 74ff.; zeitliche Beschränkung § 74 [3]; K. unzulässig bei Minderjährigkeit des H. § 74 [4]; zur Auslegung der K. § 74 [7]ff.; Umgehung des K.-Verbotes § 74 [14]; Unwirksamkeit der K. wegen Verhaltens des Prinzipals § 75 [1]ff.; Vertragsstrafe § 75 [6], § 74 [6]; Folgen der Übertretung ohne Vereinbarung einer Konventionalstrafe § 75 [7]; gesetzliches K.-Verbot s. oben sub I.

Handlungslehrling, Begriff § 76 [1]ff.; Art und Umfang der Dienste § 76 [5]; Ausbildungspflicht § 76 [5], [17]ff., Schadensersatzpflicht des Prinzipals § 76 [5]; kein Züchtigungsrecht § 76 [9]; Vergütung § 76 [10]; desgl. Verjährung § 76 [11]; Anstellungsvertrag § 76 [13]ff.; Stempel? § 76 [16]; Gottesdienst § 76 [17]; Fortbildungsschule § 76 [18]; Einzelheiten des Lehrverhältnisses § 76 [19]ff.; Konkurrenzverbot § 76 [19]; Fürsorgepflichten des Prinzipals § 76 [20]; unverschuldetes Unglück, Gehalt § 76 [21]; Konkurrenzklausel § 76 [22]; Verschwiegenheitspflicht § 76 [23]; Dauer des Lehrvertrages § 77 [1]ff.; Probezeit § 77 [1]ff.; Kündigung § 77 [5]ff.; Gesindedienste § 77 [7]; Tod des Lehrherrn § 77 [8]; des Lehrlings § 77 [8]; Aufhebung des Lehrverhältnisses wegen Überganges zu anderem Berufe § 78; desgl. Schadensersatzpflicht des Lehrlings und neuen Prinzipals § 78 [4]ff., § 79; Schadensersatzpflicht des entlassenden Prinzipals § 79 [4]; Zeugnis § 80 [1]ff.; Voraussetzungen, Inhalt, Klagerecht § 80 [1]ff.; Verzicht unzulässig § 80 [4]; Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte Erfordernis für Lehrherrn § 81; Erzwingung der Entlassung durch Polizei § 81 Abs. 2; Schutzvorschriften, Fürsorgepflichten, Strafbestimmungen gegen Prinzipal § 82.

Handlungsreisender, Vollmachtsinhalt § 55 [1]ff.; Inkassovollmacht der Fernreisenden § 55 [2], [4]; Fristbewilligung § 55 [5]; Dekorts § 55 [5]; Mängelanzeige § 55 [6], § 377 [27]; Dispositionsstellung gegenüber H. § 55 [6]; Kaufbedingungen § 55 [9]ff.; Dienstverhältnisse des H. § 59 [26]ff.; Verzicht auf Rechte des Prinzipals § 55 [10]; Verträge mit Wirten und Fuhrleuten § 55 [3]; keine Bürgschaft für Prinzipal § 55 [11]; Entgegennahme der Nachfristsetzung § 55 [6]; Natur der Dienste § 59 [36]ff.; Ansprüche der § 59 [37]ff. (Spesen, Diäten); Zurückberufung § 59 [37]; Zurückbehaltungsrecht § 59 [45]; s. Stadtreisender, Handlungsgehilfe.

Handlungsvollmacht, Begriff § 54 [1]ff.; Kollektivhandlungsvollmacht § 54 [2]; Ehefrau mit H. § 54 [2]; Erteilung der H. § 54 [2]ff., [14]ff.; Inkasso § 54 [10]; böser Glaube des Dritten über Inhalt § 54 [12], [22]; Abschluß durch Telephon § 54 [13]; Umfang § 54 [16]ff.; Auskunftserteilung über Kreditwürdigkeit § 54 [19]; Beschränkungen der H. (Wechsel, Darlehn, Grundstücke, Prozesse) § 54 [20]ff.; Beweislast § 54 [23]; im Laden Angestellter § 56 [1]ff.; Form der Zeichnung § 57; Unübertragbarkeit § 58; bei Auflösung der AktGes. § 292 [2]; s. Handlungsgehilfe, Vertretungsmacht, Handlungsreisender, Vollmacht.

Handwerk s. Bearbeiten; Begriff § 4 [3]; s. Handelsgeschichte.

Handwerker, kaufmännischer Betrieb, Eintragungszwang § 2 [10]; s. Minderkaufleute.

Handzeichen s. Unterschrift.

Hauptniederlassung s. Sitz, Zweigniederlassung.

Hausdiener § 59 [22].

Hausgenossen, Briefübergabe Exk. zu § 361 [6]ff.

Häusliche Gemeinschaft des Handlungsgehilfen § 62 [6]ff., 63 [9].

Hausnummer s. Ort.

Heilanstalt s. Arzt.

Heilung der Nichtigkeit einer AktGes § 309 [14], § 310 [1]ff.; der Nichtigkeit eines wucherischen Geschäfts Exk. zu § 346 [24]; von Formmängeln durch Erfüllung § 350 [7]; des Verzuges? Kauf Exk. zu § 374 [99], [112]; keine H. des wegen Arglist angefochtenen Geschäfts § 377 [167]; s. Zeichnung, Mängel.

Heiratsvermittler Exk. vor § 93 [44].

Hemmung s. Verjährung. Mängel.

Herabsetzung des Grundkapitals §§ 288ff.; s. AktGes. E; der Vertragsstrafe § 348 [1]ff, [20]ff.; s. Minderung, Kommanditges. auf Aktien D.

Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen gutgläubigen Erwerber § 366 [74]ff.; s. Orderpapiere.

Herbst, Zeitbestimmung der Leistung § 359 [1]ff.

Herstellung einer nicht vertretbaren Sache aus Stoff des Unternehmers § 381 [14]ff.

Herstellungspreis, in Bilanz der AktGes. § 261 [18]ff.

Hibernia, Statutenänderung § 275 [1]; Aktienbezugsrecht § 282 [2].

Hiberniafall § 251 [4], § 254 [18].

Hilfsgeschäfte des Bankgewerbes § 1 [68]; s. Handelsgeschäfte.

Hindernis für Beginn der Fracht § 428; s. Unmöglichkeit, Fracht, Haftung, Streik.

Hinkendes Inhaberpapier über Lagergeschäft § 424 [10].

Hinterlegung der Aktien vor Generalversammlung § 255 [4]ff.; von Aktien bei Regreßklage der Minderheit § 269; für Anfechtungsklage des Aktionärs nicht erforderlich § 271 [13]; H. der Aktien als Voraussetzung des Rechts auf Abschriften, Mitteilungen § 257; dgl. zwecks Revisorenbestellung § 266 [11]ff.; des Erlöses für Ersatzaktien § 290 [7]; der Forderung eines unbekannten Gläubigers der AktGes. § 301 [5]; zur Abwendung der Zinspflicht § 353 [11]; seitens des Verkäufers bei Annahmeverzug § 374 [3], § 373 [1]ff., [28]ff.; Recht des Frachtführers auf H. § 435 [5], § 437; s. Fälschung, Bescheinigung.

Digitized by Google

Höchstbetrag der Haftung der Eisenbahn § 461 [1]ff., §§ 462 ff.
Hoflieferant, Geschäftsübergang § 22 [25].
Höhe s. Betrag, AktGes., Kurs, Preis.
Höhere Gewalt, Haftung der Eisenbahn §§ 453, 456 [5]ff., § 458; s. positive Vertragsverletzung, vis major.
Höker, Kleingewerbe § 4 [20].
Holschulden, Fälligkeit, Zinsen § 353 [8], [2]ff.
Holz auf dem Stamm § 1 [38].
Hotelier, Kleingewerbe? § 4 [20]; Frachtgeschäft von H. § 425 [7]; s. Gastwirt.
Hungerlöhne § 59 [33].
Hydrasystem, kein Kauf Exk. vor § 373 [55].
Hypothek, Übergang auf zahlenden Bürgen § 349 [40]ff.; Abtretung § 350 [25]; Zurückbehaltungsrecht an? § 369 [15]; Kauf Exk. vor § 373 [3]; s. Handelsgeschäft.
Hypothekenbrief, Verpfändung? § 368 [1].
Hypothekenmakler Exk. vor § 93; s. Makler.
Hypothekenpfandbrief, Kursverlust, Einstellung in Bilanz § 40 [7].

J.

Jahr s. Geschäftsjahr.
Jahresbilanz, AktGes., Genehmigung durch Generalversammlung § 260 [1]ff.; s. AktGes. G, Bilanz.
Jahresumsatz, Handwerksbetrieb § 4 [16].
Illation, o. HG. § 105 [31]; J. Vertrag AktGes. 186 [19]ff.; dgl. Haftung § 202 [13]ff., s. Sacheinlage, AktGes., Gründung, Einlagen.
Illoyal s. verspätet, Verzug.
Immobilien s. Grundstücke.
Inbegriff s. mehrere.
Indentgeschäft § 383 [10].
Indirekte Geschäfte § 88 [15].
Individualisierung durch Anbieten bei Gattungskauf § 377 [55].
Individualrechte § 254 [1], § 250 [1]ff.; s. Akt.-Ges. C.
Indossament, handelsrechtlicher Orderpapiere § 363; Wirkungen § 364 [1]ff.; Form des J. handelsrechtlicher Orderpapiere § 365 [1]ff.; kein Übergang von Nebenrechten § 364 [4]; Befriedigung aus dem Pfande bei Orderpapieren § 368 [73]; J. des Kommissionärs bez. Wechsel § 395; unzulässiges J. als Zession? § 363 [29]; s. Namensaktie, AktGes. C I, Scheck, Ladeschein, Lagerschein.
Indossatar kaufmännischer Anweisungen § 363 [1]ff., [11]ff.; s. Indossament.
Indossierung zwecks Pfandbestellung § 368 [15]; s. Indossament.
Inhaber, Interimsscheine nicht auf § 179 [5].
Inhaberaktie § 223 [16]ff., § 179 [8]; Umwandlung § 183 Abs. 2; s. Inhaberpapier, Aktie, AktGes.
Inhaberlagerscheine § 424 [8].
Inhaberpapiere Exk. zu § 365 [1]ff.; Verjährung Exk. zu § 365 [6]; hinkende J. Exk. zu § 365 [9]ff.; unechte J. ebd.; Zwangsvollstreckung in J. Exk. zu § 365 [7]; Verkauf, Verpfändung § 366 [1]ff., [5]ff.; Kursfähigkeit, Lieferbarkeit § 360 [1]ff.; Erwerb in gutem Glauben, bewegliche Sachen § 366 [1]ff., [22]ff., [49]ff.; Veröffentlichung des Verlustes von J., Schlechtgläubigkeit § 367 [1]ff.; Pfandbestellung § 368 [1]ff., [13]ff.; Befriedigung aus dem Pfande bei J. § 368 [72]; unechte, Zurückbehaltungsrecht an § 369 [15]; Realisierung des Zurückbehaltungsrechts an § 371 [19]; Erfüllungsort Exk. zu § 372 [26]; über Lagergeschäft § 424 [15]; s. Inhaberaktien.
Inkasso s. Zahlung.
Inkassoabtretung § 368 [106]ff.
Inkassobureau, kaufmännischer Betrieb § 2 [3]ff.
Inkassoindossament § 222 [16].
Inkassokommission § 406 [2]; s. Kommissionsgeschäft.
Inkassomandat, Indossament handelsrechtlicher Orderpapiere; Einrede § 364 [16].
Inkassovollmacht § 54 [10]; der Reisenden § 55 [2], [4]ff.; Quittungüberbringer Exk. zu § 58 [16].
Inseratenspediteur Exk. zu § 415 [8].
Interesse des anfechtenden Aktionärs? § 271 [2]; kein J. an Erfüllung des Kaufvertrages erübrigt Nachfristsetzung Exk. zu § 374 [101]ff., [114]; teilweise Erfüllung bei Sukzessivlieferungsgeschäft Exk. zu § 374 [128]ff., kein J. an Lieferung von Eisenbahnfrachtgut: Wertersatz §§ 463, 466; s. Notverkauf.
Interessengemeinschaft von AktGes. § 305 [4], 306 [26].
Interimsscheine s. AktGes. C III.
Internationale Schlafwagengesellschaft § 472 [10]; s. Eisenbahn.
Internationales Privatrecht E 6; Erfüllungsort Exk. zu § 372 [5]ff.; Verfolgungsrecht des Verkäufers Exk. zu § 382 [98]ff.
Interpretation s. Auslegung.
Interusurium Exk. zu § 359 [11].
Intervention s. Zwangsvollstreckung.
Interventionsklage, Ehemann der Handelsfrau E 55ff.; s. Zwangsvollstreckung.
Interzession, Bestimmung der Generalversammlung über § 250 [7].
Inventar in Bilanz §§ 39, 40; Aufbewahrung § 44.
Inventur, Begriff § 39 [1]ff.; Notwendigkeit § 39 [3]ff.; Formalvorschriften, Unterzeichnung § 41.
Joint-stock companies with unlimited liability § 201 [32].
Irreguläres Pfandrecht § 368 [87].
Irrtum in Preiskalkulation Exk. zu § 346 [7]: Fernsprecher Exk. zu § 361 [42]; versteckter Willensdissenz bei Vertragschluß Exk. zu § 361 [88]ff.; Einrede gegen handelsrechtliche Orderpapiere § 364 [5]ff.; des Verkäufers über Eigentum Exk. vor § 373 [60]; in Offerte Exk. vor § 373 [23]; J. und Gewährleistungsansprüche § 377 [56]; Eintrittserklärung des Konkursverwalters, Anfechtung Exk. zu § 382 [94]; des Kommissionärs bei Ausführungsanzeige § 384 [24]; J. des Kommissionärs in der Person des Kommittenten,

Digitized by Google

Anfechtungsrecht des Dritten? § 383 [21]; s. guter Glaube, Anfechtung, Rechtsirrtum, Kreditkauf, Kalkulation.
Jüdische Feiertage, keine allgemeinen Feiertage? Exk. zu § 359 [37].
Juristische Person, Kaufmannseigenschaft § 1 [25]; v. HG. keine § 105 [8], § 124 [1]; Eintragung §§ 33 ff.; insbes. von Änderungen § 34; J. P. als Gründer § 182 [6]; AktGes. § 210; als Komplementar einer st. Gesellschaft § 335 [5]; s. Firma, Kommanditges. auf Aktien.
jus variandi bei Qualitätsfehlern s. Kauf V; bei Verzug s. Kauf VI.

K.

Kaduzierung §§ 219 ff.; s. AktGes. C II der Aktien als Vertragsstrafe § 212 [22]; s. Akt.-kommanditges.
Kalendertag, Fälligkeit § 373 [12]; Mahnung? Exk. zu § 374 [17].
Kalkulation, falsche in Offerte Exk. vor § 373 [23], Exk. zu § 346 [7].
Kapitalanteil s. Kommanditges., AktGes. C II v. HG.
Kapitaleinlagen des Aktionärs §§ 211 ff.; s. AktGes. C II.
Kapitalserhöhung bei AktGes., § 274 Abs. 2; Fusion § 305 [13], [17] ff.; s. AktGes. sub E; s. AktKommanditges.
Kapitalkonto, v. HGesellschafters § 120 [7]; Liquidationsbilanz § 154 [2].
Kapitalsänderungsbeschluß, AktGes. § 274 [1] ff., §§ 288 ff.; s. AktGes. B II.
Kapitalsherabsetzung s. AktGes. E.
Karte, unechtes Inhaberpapier Exk. zu § 365 [8].
Kartell s. Syndikat.
Kaserne, Briefübergabe Exk. zu § 361 [7].
Kassabote § 59 [22].
Kassageschäfte als Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 E., [3] ff.; verbotene Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [43]; Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [62].
Kassakontokorrentgeschäfte s. Börsentermingeschäfte.
Kassalieferungsgeschäfte s. Börsentermingeschäfte.
Kassatorische Klausel zu vermuten? § 346 [17]; bei Kaufgeschäften Exk. zu § 374 [4]; bei Fixgeschäften § 376 [4].
„Kasse gegen Dispositionspapier" § 377 [127]; **„gegen Dokumente"** § 377 [183].
Katalog, Schweigen auf Übersendung § 346 [14]; keine Offerte Exk. zu § 361 [13]; Bedeutung der Vermerke als Vertragsinhalt Exk. zu § 372 [37]; Zahlungsfristen in Exk. zu § 372 [48]; Erfüllungsort, Übersendungsort Exk. zu § 372 [60] ff.
Kauf.
I. Allgemeines: Wesen des Handelskaufs Exk. vor § 373 [3] ff.; Tausch Exk. vor § 373 [2]; Gegenstand des HKaufs, nur Ware, Wertpapiere Exk. vor § 373 [3]; Verkauf eines Geheimnisses ebd.; von Kundschaft ebd.; eines Handelsgeschäfts ebd.; eines Apothekengeschäfts ebd.; einer Sachgesamtheit ebd.; Zeitschriftenabonnement ebd.; Lieferungskauf Exk. vor § 373 [3], [13]; Kaufmannsqualität, Handelsgeschäft Exk. vor § 373 [4]; Patentkauf Exk. vor § 373 [5] ff.; Patentlizenzverkauf Exk. vor § 373 [9]; Lieferungsvertrag Exk. vor § 373 [13]; Werklieferungsvertrag Exk. vor § 373 [14]; Elektrizitätslieferungsvertrag Exk. vor § 373 [16]; Abschluß des Handelskaufs Exk. vor § 373 [17] ff.; Formfreiheit Exk. vor § 373 [17] ff.; Willenseinigung Exk. vor § 373 [21] ff.; „Bestimmung" von Preis und Ware Exk. vor § 373 [22] ff., [35] ff.; Bestimmbarkeit, Rechenfehler, Kalkulationen Exk. vor § 373 [23] ff.; Arbitrageklausel Exk. vor § 373 [24]; Bestimmung der Leistung durch Kontrahenten Exk. vor § 373 [25] ff.; in dubio Marktpreis des Erfüllungsorts Exk. vor § 373 [28] ff.; Anfechtung der amtlichen oder privaten Preisfeststellungen Exk. vor § 373 [31]; Zeit der Preisbestimmung Exk. vor § 373 [33]; einzelne Beispiele für das Erfordernis der Bestimmtheit für Ware und Preis Exk. vor § 373 [34] ff., [35] ff.; Ausspielung, Hydrasystem usw. kein Kauf Exk. vor § 373 [55]; Abnahme nach Bedarf Exk. vor § 373 [35]; prozessuale Fragen bei Klage aus dem Kaufe (Antrag, Tenor, Einreden, Gerichtsstand, Beweislast) Exk. vor § 373 [76] ff.; Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung Exk. vor § 373 [80]; Rechte des Zessionars Exk. zu § 374 [2]; vertragsmäßiges Rücktrittsrecht Exk. zu § 374 [3]; kassatorische Klausel Exk. zu § 374 [4]; Fixgeschäfte des täglichen Lebens Exk. zu § 374 [5]; einseitiger Handelskauf § 377 [195]; unbestellte Ware § 377 [199]; Bestimmungen über Gewicht (Netto, Tara, Brutto, Gutgewicht, Refaktie) § 380 [1] ff.; sog. Sackmiete § 380 [6]; Kauf von Wertpapieren § 381 [1] ff.; Werklieferungsvertrag § 381 [14] ff.; Viehhandel § 382; Verhältnis des Käufers und Verkäufers zum Spediteur und Frachtführer Exk. zu § 382 [56]; Gefahrübergang Exk. zu § 382 [45] ff.; Eigentumsübergang Exk. zu § 382 [57] ff.; Übersendung Exk. zu § 382 [28] ff.; Eigentumsvorbehalt Exk. zu § 382 [68]; Einfluß des Konkurses auf den schwebenden Kaufvertrag Exk. zu § 382 [76–97]; insbesondere das Verfolgungsrecht des Verkäufers Exk. zu § 382 [98] ff.; Kosten der Erfüllung Exk. zu § 382 [118] ff.; Kauf im Laden § 56 [4]; gutgläubiger Erwerb § 366 [1] ff., [5] ff.; Erfüllungsort Exk. zu § 372 [9], [41] ff.; Zeit der Erfüllung Exk. zu § 372 [48] ff.; s. Beweislast, Handelsgeschäfte, Aktie, Firma, Geschäftsveräußerung, Bilanz, positive Vertragsverletzung, unten Arten II.
II. Arten: Bar- oder Handkauf Exk. vor § 373 [37]; Kreditkauf Exk. vor § 373 [38] ff.; Rücktritt wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse Exk. vor § 373 [38] ff.; Konkurseröffnung Exk. vor § 373 [42] ff.; Besserung der Verhältnisse nach Weigerung Exk. vor § 373 [43]; nachträgliches Bekanntwerden der bei Vertragschluß vorhandenen Kreditunwürdigkeit

Digitized by Google

Kauf.
Exk. vor § 373 [44]ff.; unverzügliche Anfechtung dieserhalb Exk. vor § 373 [45]ff.; Stundung nach Lieferung Exk. vor § 373 [50]; Sicherungskauf Exk. vor § 373 [51]ff., § 368 [94]ff.; Sukzessivlieferungsgeschäft § 373 [36]; Androhung des Rücktritts wegen Verzuges Exk. zu § 374 [93]; s. Sukz.; Spezifikationskauf § 375 [13]; Schadensanspruch bei positiver Vertragsverletzung § 377 [164]; Mängelanzeige § 377 [178]ff.; s. Kauf V 8; Kauf gegen Konnossement § 373 [35]; Kauf auf Abruf Exk. vor § 373 [35]; Alternativkauf § 375 [1]; Spezifikationskauf § 375; Selbsthilfeverkauf § 375 [16], § 373 [39]; s. Kauf VI 9; Spezieskauf, Lieferung mangelhafter Ware Exk. zu § 374 [42]; Transportgefahr Exk. zu § 382 [53]; Eigentumsübergang Exk. zu § 382 [59]; Distanzkauf, Übersendungskauf, Aufbewahrungspflicht § 379 [1]ff.; Übergabeverzug Exk. zu § 374 [42]; Exk. zu § 374 [42]; Verfolgungsrecht Exk. zu § 382 [99]ff.; Übersendungspflicht Exk zu § 382 [28]ff.; Art der Ü., Sorgfalt Exk. zu § 382 [31]ff.; Versicherung Exk. zu § 382 [36]; Gefahrübergang Exk. zu § 382 [45]ff.; Verhältnis zum Spediteur und Frachtführer Exk. zu § 382 [56]ff.; Gattungskauf, Übergabeverzug, Unmöglichkeit Exk zu § 374 [47]; Eigentumsübergang Exk. zu § 382 [58]; Transportgefahr Exk. zu § 382 [53]; Nachlieferung mangelfreier Ware § 377 [90]; Kauf auf Probe oder Besicht, Begriff Exk. zu § 382 [13]ff.; Rügepflicht § 377 [1]; Zusammenstellung der für K. auf Probe geltenden Vorschriften Exk. zu § 382 [14]ff., [16]ff.; Untersuchung ebd. [16]; Frist ebd. [19]; Kosten ebd. [22]; Gefahr ebd. [22]; kein Zurückbehaltungsrecht § 369 [42]; Kauf nach Probe, Begriff Exk. zu § 382 [1]ff.; Rügepflicht § 377 [1]; Aushändigung der Probe Exk. zu § 382 [4]; praktische Einzelfragen Exk. zu § 382 [4]ff.; heimliche Mängel ebd. [6]; Beweisfragen Exk. zu § 382 [7]ff.; Kauf zur Probe Exk. zu § 382 [24]ff; s. Fixgeschäfte, Differenzgeschäfte, Börsentermingeschäfte, ferner Rechte und Pflichten sub Kauf III—VI; Werklieferungsvertrag § 381 [14]ff.; s. Werklieferungsvertrag; Kauf in Bausch und Bogen, Mängel § 377 [181]; Gefahrübergang Exk. zu § 382 [55]; s. Bausch und Bogen; Abzahlungsgeschäft Exk. zu § 382 [72], [63]ff., [92]; Eigentumsvorbehalt Exk. zu § 382 [63]ff.; Möbelleihvertrag Exk. zu § 382 [92].

III. Einzelne Pflichten des Verkäufers: Übergabepflicht Exk vor § 373 [50]; insbes. Zubehör ebd.; Ersatzübergabe? ebd.; Übergabe durch Dispositionspapiere Exk. vor § 373 [57]; Zeit und Ort der Übergabe Exk. vor § 373 [58]; s. auch Erfüllungsort; zur Eigentumsverschaffung Exk. vor § 373 [59]; lastenfreies Eigentum Exk. vor § 373 [59]ff.; Verkauf fremder Sachen Exk. vor § 373 [60]; Irrtum des Verkäufers über Eigentum Exk. vor § 373 [60]; Verkauf nicht vorhandener Sachen ebd.; Auskunftspflicht Exk. vor § 373 [61]; Klage auf Lieferung Exk. vor § 373 [76]ff., [82]; desgl. Vollstreckung Exk. vor § 373 [82]; sonstige Pflichten, Nebenverpflichtungen, Verzug Exk. zu § 374 [160]ff.; Übersendungspflicht Exk. zu § 382 [28]ff.; Art der Übersendung, Sorgfalt Exk. zu § 382 [31]ff.; Versicherungspflicht Exk. zu § 382 [36]; Schadensersatz aus Übersendungspflicht Exk. zu § 382 [39]; Kosten der Erfüllung Exk. zu § 382 [118]ff.

IV. Einzelne Pflichten des Käufers: Zahlungspflicht Exk. vor § 373 [61]ff.; Zinspflicht Exk. vor § 373 [63]; Zahlung im Wechseln Exk. vor § 373 [64]; Nichthingabe des versprochenen Wechsels verpflichtet zur Barzahlung Exk. vor § 373 [64]; Stundung des Akzeptes, Protesterhebung Exk. vor § 373 [64]; Z. durch Bankwechsel, Wechselrembourgsgeschäft Exk. vor § 373 [66]; desgl. durch Vinkulationskauf Exk. vor § 373 [66]; Prozessuale Fragen bei Klage auf Zahlung Exk. vor § 373 [76]ff.; Abnahmepflicht Exk. vor § 373 [67]ff.; insbes. bei Dispositionspapieren Exk. vor § 373 [67]; Voraussetzung der Abnahmepflicht Exk. vor § 373 [68]ff.; insbes. nachträglicher Weiterveräußerung durch Verkäufer, Gattungsware, Spezies Exk. vor § 373 [70]; Annahmeverzug ebd.; Zeit, Ort der Abnahme Exk. vor § 373 [71]ff.; Gerichtsstand für Klage auf Abnahme Exk. vor § 373 [74]; Vollstreckung auf Abnahme Exk. vor § 373 [82]; Annahmeverzug § 373 [1]ff.; s. unten VI 1; sonstige Pflichten, Nebenverpflichtungen, Verzug Exk. zu § 374 [160]ff.; Rügepflicht, Untersuchungspflicht § 377 [1]ff.; s. unten sub V 2; Aufbewahrungspflicht § 379; Voraussetzungen § 379 [1]ff; insbes. Distanzkauf § 379 [3]ff., Montierung § 379 [4]; Mitwirkung Dritter? § 379 [7]; Ortschaft andere § 379 [10]; einstweilige Aufbewahrung § 379 [12]ff.; Notverkauf § 379 [18]ff.; s. Notverkauf; Rücksendungspflicht bezüglich beanstandeter Ware? § 379 [14]; Kosten der Erfüllung Exk. zu § 382 [118]ff.

V. Mängel, Untersuchung, Rüge, Gewährleistung.

1. Voraussetzungen der Rügepflicht § 377 [1]ff.; Handelskauf § 377 [1]ff; sog. Lieferungsvertrag § 377 [1]; Vergleich als Veräußerungsgeschäft ebd.; Zusendung unbestellter Ware § 377 [1]; einseitiger Handelskauf? § 377 [195]ff.; Kauf auf Probe, Kauf nach Probe ebd.; Qualitätsmangel § 377 [2], [39]ff.; Lieferung ebd.; Lieferung eines aliud § 377 [4], § 378; Beispiele von Qualitätsmängeln § 377 [5]; Verkauf eines ganzen Geschäfts § 377 [5]; Quantitätsmängel unter Umständen Qualitätsmängel, Beispiele § 377 [6], § 378; Ramschposten ebd.; Untrennbarkeit ebd.; sonstige Vertragswidrigkeiten keine Qualitätsmängel § 377 [8]; Verspätungsschaden § 377 [8]; Verpackung § 377 [9]; Rüge unrichtiger Preisberechnung auf Faktura? § 377 [10]; erhebliche Mängel § 377 [89]ff.; Verletzung vertraglicher Rechte durch Dritte Exk. zu § 377; Mängel zur Zeit des Gefahrüberganges

Digitized by Google

Kauf.

§ 377 [45]ff.; s. unten 3; insbes. Besonderheiten bei arglistigem Verschweigen des Mangels durch Käufer § 377 [148]ff.; s. unten sub 7.

2. Untersuchung und Mängelanzeige § 377 [11]ff.; Untersuchung nicht erforderlich § 377 [12]; dagegen bei äußerlich erkennbaren Mängeln § 379 [26]; sachgemäße und rechtzeitige Untersuchung § 377 [13]ff., [16]ff.; Backproben § 377 [13], [18]; Rüge weiterverkaufter Waren § 377 [13]; Zuziehung von Sachverständigen § 377 [13]; Beweissicherung Ex. zu § 379; Recht des Gebrauchs und Verbrauchs zur Untersuchung § 377 [13]; Verpackung § 377 [13], [16]; Stichproben § 377 [13]ff.; Rechtzeitigkeit seit Ablieferung § 377 [16]ff.; unverzügliche Anzeige, ordnungsmäßiger Geschäftsgang § 377 [18]; vertragsmäßige Ausdehnung oder Verkürzung der Untersuchungsfrist § 377 [32]ff., [185]ff.; vertragliche Änderung der Vorschriften über Anzeigepflicht und Gewährleistung § 377 [185]ff., s. unt. 9; Ort der Untersuchung § 377 [20]; Transitverkehr, cif, fob, ebd.; Inhalt der Mängelanzeige § 377 [21]ff.; Zurverfügungstellung? § 377 [21]; Aufforderung des Käufers zur Erklärung § 377 [21]ff.; Weiterverkauf der Waren § 377 [22], [29], [33]; nähere Bezeichnung der Mängel § 377 [23]; Vorhandensein mehrerer Mängel § 377 [23]; bei Kollektivsendungen ebd.; bei Sukzessivlieferungsgeschäft § 377 [23], [178]; Form der Mängelanzeige § 377 [25]ff.; Gefahr rechtzeitiger Ankunft der Anzeige § 377 [26]; Bote ebd.; falsche Adressierung § 377 [26]; Anzeigen, betr. durch Vertreter § 377 [27]ff.; Zeit der Mängelanzeige § 377 [29]; „unverzügliche" ebd.; bei Weiterversendung § 377 [29]; insbesondere Anzeige bei offenen Mängeln § 377 [30]; bei verborgenen Mängeln § 377 [31]; insbesondere Verpackung ebd.; vertragliche Änderung der Fristen § 377 [32]ff., [185]ff.; diesbezügliche Vermerke in der Faktura § 377 [32]; stillschweigende Fristverlängerung: insbesondere Seetransport § 377 [32]; Arbitrage ebd.; Proben ebd.; Verkauf eines Handelsgeschäfts ebd.; Ausfallproben § 377 [33]; Erfüllungsort maßgebend für Rechtzeitigkeit § 377 [32]; Erlaß der Untersuchungs- und Anzeigepflicht § 377 [34], desgleichen Verzicht § 377 [36]; Geschäftsgebräuche § 377 [37]; Viehmängel § 377 [37]; Klausel „tel quel" „wie besehen" § 377 [37]; mehrfache Anzeigen § 377 [29]; bei Arglist und Verkäufen nicht erforderlich § 377 [154]; s. unter 7.

3. Rechtsfolgen:

a) der unterbliebenen Mängelanzeige § 377 [38].

b) der erfolgten Mängelanzeige, Voraussetzungen § 377 [39]ff., [103]ff.; gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften, Handelsgut mittlerer Art und Güte § 377 [39]; Marktfähigkeit ebd.; unerhebliche Wertminderungen § 377 [40]; Gelegenheitskäufe ebd.; zugesicherte Eigenschaften § 377 [41]ff.; Beispiele ebd.; „wie gehabt" § 377 [51]; Primaqualität ebd.; Wert als Qualitätseigenschaft? § 377 [42]; Geschäftsumsatz § 377 [43]; Wertpapiere § 377 [48]; unerhebliche Abweichungen von Zusicherungen § 377 [44]; Voraussetzung ist Mangel zur Zeit des Gefahrübergangs § 377 [45]; Zusicherungen des Geschäftsvermittlers § 377 [47]; Auktionator § 377 [47]; Wertlosigkeit der Ware, Erfüllungsverzug § 377 [48]; Beweisfragen § 377 [124]ff.; die einzelnen dem Käufer nach Mängelrüge zustehenden Rechte § 377 [49]ff.; Verhältnis der einzelnen dem Käufer zustehenden Rechte zu einander § 377 [108]ff.; in der Regel kein Recht auf Nachbesserung § 377 [54]; Verhältnis zur Anfechtung wegen Irrtums und dolus § 377 [56].

α) Recht auf Wandelung § 377 [58]ff.; Voraussetzungen § 377 [58], [65]ff.; Inhalt und Geltendmachung § 377 [59]ff.; Aufforderung seitens des Verkäufers § 377 [60]; Wandelung durch Richterspruch § 377 [63]; durch Vertrag § 377 [59]ff.; zufälliger Untergang § 377 [65]; Verschlechterung, Verschulden § 377 [65]; Weiterveräußerung § 377 [66]; Verlust des Wandelungsanspruchs § 377 [65]ff., [67]ff.; fortgesetzter Gebrauch durch Käufer § 377 [68]ff.; Minderung statt Wandelung, Klageänderung § 377 [70]; Realisierung der W. § 377 [71]; Unmöglichkeit § 377 [71]; Nutzungen, unsachgemäßer Gebrauch, Abnutzungen, Aufwendungen, Lagergeld, Futterkosten § 377 [71]; Schadensersatz für mangelhafte Erfüllung § 377 [73], [75], [100]ff.; W. Zug um Zug § 377 [74]; Gerichtsstand, Erfüllungsort § 377 [75]; für Nebenverpflichtungen § 377 [75]; Verzug, belanglos für Erfüllungsort § 377 [75]; Streitwert § 377 [76].

β) Das Recht auf Minderung § 377 [76]ff. Voraussetzungen § 377 [76], [81]ff.; Verhältnis zur Wuchereinrede § 377 [76]; Inhalt und Geltendmachung des Minderungsanspruchs § 377 [77]; „Vollziehung" der M. § 377 [77]ff.; Berechnung der Preisherabsetzung § 377 [80]ff.; Weiterverkauf durch Käufer § 377 [81]ff.; Beweislast § 377 [83]; Genehmigungshandlungen § 377 [83]; Gerichtsstand § 377 [84].

γ) Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung § 377 [85]ff.; Voraussetzungen: Zusicherungen, Arglist § 377 [85]ff.; Weiterverkauf § 377 [87]; Teil der Ware mangelhaft § 377 [87]; Gerichtsstand § 377 [89].

δ) Nachlieferung beim Gattungskauf? § 377 [90]ff.; Voraussetzung § 377 [90]ff.; vorbehaltlose Annahme der Sache § 377 [93]; Genehmigung ebd.; Nachfristsetzung § 377 [94]; Zurückbehaltung bis zur Ersatzlieferung § 377 [97]; Geltendmachung des Interesses bei Unmöglichkeit der Nachlieferung § 377 [98].

ε) Allgemeiner Anspruch auf Schadensersatz bei schuldhaft mangelhafter Lieferung § 377 [100]ff.; positive Vertragsverletzung ebd.; Verschulden, Vorsatz, Fahrlässigkeit § 377 [101]; höhere Gewalt § 377 [101]; Lieferungsunmöglichkeit bei Gattungsschulden § 377 [101]; Voraussetzbarkeit des Schadens ebd.; Haftung für Erfüllungsgehilfen § 377 [101]; Exportbonifikation ebd. [105]; keine Anwendbarkeit auf Rechtskauf und Rechtsmängel § 377 [102];

Digitized by Google

Kauf.
Besonderheiten bei Wertpapieren § 377 [102]; Schadensersatzanspruch bei Sukzessionslieferungen § 377 [104]; Zurückbehaltungsrecht ebd.; Inhalt des Schadensersatzanspruchs § 377 [105]; Gerichtsstand § 377 [106].

c) Das Verhältnis der einzelnen Gewährleistungsrechte zueinander § 377 [108] ff.; Zurverfügungstellung keine Wandelungserklärung § 377 [108]; Fristsetzung zur Rückgewähr seitens des Verkäufers § 377 [109]; Verlust des Wahlrechts nach vollzogener Wandelung oder Minderung § 377 [112]; Unmöglichkeit der Erfüllung § 377 [109]; fürsorgliche Verbindung von Klaganträgen, Alternative-Anträge § 377 [111] ff.

4. Fortfall der Mängelhaftung § 377 [114] ff.; Genehmigung, Schweigen (Faktura) § 377 [114]; Verzicht, Zahlung § 377 [116]; Kenntnis der Mängel, fahrlässige Unkenntnis § 377 [117] ff.; Aktie, Nichtlieferbarkeit § 377 [117]; vorbehaltlose Annahme § 377 [118] ff.; Kenntnis des Vertreters § 377 [118]; Teillieferung § 377 [118]; vertraglicher Ausschluß der Haftung § 377 [121]; jedoch Arglist § 377 [121]; Versteigerung als Pfand § 377 [122].

5. Beweisfragen § 377 [124] ff.; Substantiierung seitens Käufers betr. Verkäufers, Fragepflicht des Richters § 377 [124]; B. insbes. beim Gattungskauf § 377 [125] ff.; Ausfallmuster § 377 [125]; B. beim Spezieskauf § 377 [126]; Umkehrung der B. § 377 [127]; „Kasse gegen Dispositionspapiere" § 377 [127]; Kauf eines Geschäfts § 377 [128]; Einrede des nichterfüllten Ertrages § 377 [128]; Verschulden, Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung § 377 [130]; Kenntnis des Mangels § 377 [131]; vertraglicher Haftungsausschluß § 377 [132].

6. Verjährung der Gewährleistungsansprüche § 377 [133] ff.; welche G.-Ansprüche? § 377 [131]; auch Schadensansprüche wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung? § 377 [134]; nicht vollzogene Wandelungs- oder Minderungsansprüche; Quantitätsfehler? § 377 [136]; Garantiezusagen § 377 [136]; Beginn, Dauer der V. § 377 [137]; Unterbrechung, Hemmung § 377 [138] ff.; Klagerücknahme § 377 [138]; Teilklage, Feststellungsklage § 377 [140]; ausländische Klage ebd.; demande en garantie ebd.; einredeweise Geltendmachung des verjährten Anspruches § 377 [141]; insbes. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Aufrechnung § 377 [142]; desgl. wegen schuldhafter Lieferung einer mangelhaften Sache § 377 [145]; Besonderheiten bei arglistigem Verschweigen § 377 [146, 148] ff.; Einrede der Arglist gegenüber der Verjährungseinrede § 377 [141]; arglistig verschwiegene Mängel § 377 [160]; unerlaubte Handlung § 377 [175]; vertragliche Änderungen § 377 [187] ff.

7. Der besondere Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels durch den Verkäufer § 377 [148] ff.; Begriff des arglistigen Schweigens § 377 [148] ff.; Verkehrsanschauungen ebd.; Wucher ebd.; fahrlässige Anpreisung, Übertreibungen § 377 [149] ff.; Verpackung falsche, Verfälschung, Vermischung von Mustern § 377 [149]; Haftung für Vertreter § 377 [151, 174]; Beweisfragen § 377 [153]; die Rechtsfolgen des arglistigen Verschweigens § 377 [154] ff.; Mängelanzeige nicht erforderlich § 377 [154]; desgleichen kein Täuschungserfolg § 377 [155]; Genehmigung der Ware § 377 [156]; grobe Fahrlässigkeit des Käufers § 377 [157]; Schadensersatz wegen Nichterfüllung § 377 [159]; nichtige Vereinbarung des Haftungsausschlusses § 377 [159]; keine kurze Verjährungs- und Anzeigepflicht § 377 [160]; Schadensersatz wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung § 377 [161]; Anfechtung des Kaufvertrages § 377 [162] ff.; unerhebliche Mängel § 377 [162]; Anfechtungserklärung § 377 [163, 164]; Ausschluß der A. § 377 [163]; Erklärungen des Prozeßbevollmächtigten ebd.; Zahlung, Erfüllung, Stundungsbegehr § 377 [163]; Wirkung der Anfechtung, Nichtigkeit § 377 [165]; mehrere Verkäufer § 377 [163, 173]; mehrere Kaufgeschäfte ebd.; Heilung des angefochtenen Geschäfts? § 377 [167]; Gerichtsstand § 377 [168]; Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung durch a. V. bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages § 377 [169]; insbes. für Schadensberechnung § 377 [170] ff.; kein Zurückbehaltungsrecht § 377 [170]; Preisminderung § 377 [172]; a. V. seitens Dritter § 377 [173]; Verjährung § 377 [175]; das Verhältnis der aus dem a. V. entstehenden Rechte zu einander § 377 [177].

8. Besonderheiten bei teilweiser Lieferung und bei teilweiser Mangelhaftigkeit § 377 [178] ff.; Anzeigepflicht bei teilweiser Lieferung § 377 [178]; Sukzessivlieferung als selbständiger Akt ebd.; Mangelhaftigkeit eines Teils, einer Nebensache, des Teils einer wirtschaftlich untrennbaren Sache § 377 [179] ff.; Ramschposten, Kauf in Bausch und Bogen § 377 [181]; Genehmigung eines Teils § 377 [180—182]; Wandelung des ganzen Postens bei Mangelhaftigkeit einer Teillieferung § 377 [183] ff.; insbes. verborgene Mängel in Teillieferung § 377 [184].

9. Vertragliche Änderungen der Haftung für Mängel § 377 [187] ff.; Fakturenvermerke § 377 [187]; Klausel wie besehen und dgl. ebd.; Arglist des Verkäufers § 377 [187] ff.; Änderung der Verjährungsfrist § 377 [187] ff.; Verzicht auf Verjährung § 377 [192]; Bedeutung der Garantieklausel § 377 [193].

10. Einseitiger Handelskauf § 377 [196] ff.

11. Zusendung unbestellter Ware § 377 [199] ff.

12. Notverkauf, Aufbewahrungspflicht § 379; s. Notverkauf, Aufbewahrungspflicht oben IV [2].

VI. Verzug und Folgen.

1. Verzug des Käufers.

a) Annahmeverzug § 373 [1] ff.; Begriff des Annahmeverzuges § 373 [1] ff.; Unterschied von Abnahmeverzug § 374 [6]; Beispiele ebd.; Verschulden nicht erforderlich § 373 [9] ff.; Leist-

Digitized by Google

Kauf.
ungsbereitschaft des Verkäufers § 373 [11]ff.; vorherige Erklärung der Annahmeverweigerung § 373 [13]; Angebot der ganzen bestellten Ware § 373 [14]; Beweislast § 373 [17]; Wegfallen des Annahmeverzuges § 373 [19]; Niederlegung und Selbsthilfeverkauf wegen Annahmeverzuges § 373 [1]ff., [23]ff., [28]ff.; weitere Rechte des Verkäufers bei A.-Verzug § 373 [26]; Androhung des Selbsthilfeverkaufs § 373 [31]; Ausnahmen der Androhungspflicht § 373 [32]; Durchführung des Selbsthilfeverkaufs § 373 [33]; insbes. öffentliche Versteigerung § 373 [38]; nicht öffentlicher Verkauf, Markt- oder Börsenpreis § 373 [34]; Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs § 373 [35]; bei Teillieferungen? § 373 [36]ff.; Spezifikationsbefugnis? § 373 [39]; Ort des Selbsthilfeverkaufs § 373 [41]; Zeit des Selbsthilfeverkaufs § 373 [42]; Folgen des nicht ordnungsmäßigen Selbsthilfeverkaufs § 373 [44]ff.; Benachrichtigung des Käufers von Versteigerung § 373 [49]ff.; Wirkungen des Selbsthilfeverkaufs § 373 [51]ff.; Provision des Verkäufers § 373 [54]; weitere Rechte des Verkäufers nach BGB. § 374 [1]ff.

b) Abnahmeverzug § 374 [5]; Exk. zu § 374 [165]ff.; schuldhafte Unterlassung Exk. zu § 374 [7]; Fälligkeit Exk. zu § 374 [7]; insbes. bei Zahlungspflicht Zug um Zug Exk. zu § 374 [8].

c) Zahlungsverzug, Voraussetzungen Exk. zu § 374 [6]; insbes. Fälligkeit Exk. zu § 374 [7]; schuldhafte Unterlassung ebd. [7]ff., [13]ff.; bei Leistungspflicht Zug um Zug ebd. [8]; Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers ebd. [8]; wörtliches Angebot Exk. zu § 374 [8]ff., Verzug trotz Teilzahlung Exk. zu § 374 [11]; Abzüge für Porto, Bestellgelder usw. ebd.; Zahlung unter Vorbehalt ebd. [12]; Mahnung erforderlich? Exk. zu § 374 [15]ff.; Beweislast für Z.-Verzug ebd. [15]ff.; das dreifache Wahlrecht des Verkäufers Exk. zu § 374 [19–38]; insbes. Recht auf Erfüllung nebst Schadensersatz Exk. zu § 374 [21]ff.; Schadensberechnung ebd. [22]ff.; Schadensersatz wegen Nichterfüllung Exk. zu § 374 [24]ff.; abstrakte Schadensrechnung ebd. [25]ff.; konkreter Schaden ebd. [30]; Präsumtion der Verkäuflichkeit von Waren Exk. zu § 374 [29]; Prozessuales ebd. [33, 34]; Selbsthilfeverkauf Exk. zu § 374 [30]; Rücktrittsrecht Exk. zu § 374 [35]ff.; Zurückbehaltungsrecht Exk. zu § 374 [36]ff.; insbes. bei teilweiser Erfüllung Exk. zu § 374 [38]; keine Auskunftspflicht des Käufers ebd. [27]; die Ausübung des Wahlrechts (Ziel, Erklärung, Fristbestimmung, Vertreter) Exk. zu § 374 [77]ff.; Fristbestimmung bei vorheriger Erfüllungsweigerung Exk. zu § 374 [84]ff., [105]; angemessene Frist Exk. zu § 374 [87]ff.; Androhung der Ablehnung Exk. zu § 374 [93]; insbes. beim Sukzessivlieferungsvertrag ebd. [93]; Annullieren ebd. [96]; Androhung und Mahnung ebd. [97]; Androhung vor Fälligkeit ebd. [98]; Klage auf Erfüllung verpflichtet nicht zur Erfüllung ebd. [98]; Folgen des Fristablaufs ebd. [99]ff., [108]ff.; mangelndes Interesse des Nichtsäumigen Exk. zu § 374 [101]ff., [114]; vertraglicher Verzicht auf Fristbestimmung Exk. zu § 374 [106]; purgatio morae ebd. [100, 112]; Wahl definitiv Exk. zu § 374 [108]ff.; nachträgliche Verzugsheilung unmöglich ebd. [112].

d) Verzug nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung Exk. zu § 374 [149].

e) Verzug hinsichtlich Nebenleistungen Exk. zu § 374 [160]ff.

f) Verzug der Erben Exk. zu § 374 [153]ff.

g) Verzug mit Spezifikation § 375 [1]ff.; komplizierter Sp.-Kauf § 375 [1]; Rechte des Verkäufers bei Sp.-Verzug des Käufers § 375 [5]; Schadensersatz wegen verspäteter Sp. § 375 [5]; Sp. durch Verkäufer § 375 [6]ff.; Fristsetzung § 375 [7]ff.; insbesondere durch Urteil § 375 [7]; angemessene Frist § 375 [10]; Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt § 375 [12]; insbesondere beim Sukzessivlieferungsvertrag § 375 [13]; Klage auf Zahlung des Mindestpreises § 375 [15]; Selbsthilfeverkauf § 375 [16], § 373 [39]; Verhältnis der verschiedenen Rechte des Käufers § 375 [18]ff.; Verzug mit Sp., gleichzeitiger Zahlungsverzug § 375 [28].

2. Verzug des Verkäufers.

a) Annahmeverzug § 374 [4].

b) Übergabeverzug Exk. zu § 374 [39]ff.; Verschaffung des Eigentums ebd.; Ersatzübergabe Exk. zu § 374 [40]ff.; Lieferung mangelhafter Ware kein Übergabeverzug? Exk. zu § 374 [42, 45]; insbes. beim Spezieskauf Exk. zu § 374 [42]; desgl. beim Übersendungskauf Exk. zu § 374 [42]; Lieferung eines aliud Exk. zu § 374 [48]; schuldhafte Unterlassung der Lieferung, Entschuldigungsgründe Exk. zu § 374 [44]ff.; Fälligkeit der Lieferung ebd.; Lieferungspflicht Zug um Zug Exk. zu § 374 [44]; Verzug wegen Teillieferungen Exk. zu § 374 [45]; Vorsatz u. Fahrlässigkeit der Vertreter und Gehilfen Exk. zu § 374 [46]; subjektive Lieferungsunmöglichkeit bei Gattungskauf Exk. zu § 374 [47]; (Streik usw.) ebd.; bei Spezieskauf Exk. zu § 374 [48]; objektive Leistungsunmöglichkeit ebd. [49]; unrichtige Vertragsauslegung ebd. [49]; Mahnung als Voraussetzung des Verzuges Exk. zu § 374 [50]ff.; Kalendertag ebd. [52]; Beweislast für Verzug Exk. zu § 374 [53]; das dreifache Wahlrecht des Käufers wegen Übergabeverzuges Exk. zu § 374 [54]ff.; Recht auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung Exk. zu § 374 [55]ff.; auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung Exk. zu § 374 [57]ff.; Berechnung ebd.; abstrakter Schaden Exk. zu § 374 [60]ff.; konkreter Schaden ebd. [65]ff.; Deckungskauf Exk. zu § 374 [68–78]; compensatio lucri et damni ebd. [73]; Prozessuales Exk. zu § 374 [74]; Rücktrittsrecht Exk. zu § 374 [75]; Ersatz für Frachtauslagen und dgl. ebd. [75]; Zurückhaltung des Kaufpreises Exk. zu § 374 [76]; die Ausübung des Wahlrechts (Ziel, Erklärung, Fristbestimmung, Vertreter) Exk. zu § 374 [77]ff.; Fristbestimmung im Falle vor-

Digitized by Google

Kauf.
heriger Erfüllungsweigerung Exk. zu § 374 [84] ff., [105]; Abwarten der Fälligkeit für den Regelfall Exk. zu § 374 [86]; angemessene Fristbestimmung Exk. zu § 374 [87] ff.; Androhung der Ablehnung Exk. zu § 374 [93]; insbes. beim Sukzessivlieferungsvertrag Exk. zu § 374 [93]; Annullieren Exk. zu § 374 [96]; Verbindung der Androhung mit der Mahnung ebd. [97]; Androhung vor Fälligkeit Exk. zu § 374 [98]; Klage auf Erfüllung verpflichtet nicht zum Recht auf Erfüllung Exk. zu § 374 [99]; Folgen des Ablaufs der gestellten Frist Exk. zu § 374 [99] ff., [108] ff.; purgatio morae Exk. zu § 374 [100], [113]; Fortfall der Fristsetzung und Androhung bei mangelndem Interesse des Nichtsäumigen Exk. zu § 374 [101] ff, [114]; vertraglicher Verzicht auf Fristbestimmung Exk. zu § 374 [106]; bestimmte Erfüllungsweigerung Exk. zu § 374 [105]; Wahl definitiv ausgeübt Exk. zu § 374 [108] ff.; Heilung des Verzuges nachträglich unmöglich Exk. zu § 374 [112]; Besonderheit bei Erfüllung oder Teilerfüllung des Nichtsäumigen Exk. zu § 374 [116] ff.; desgl. seitens des Säumigen Exk. zu § 374 [126] ff.; insbes. Sukzessivlieferungsgeschäfte Exk. zu § 374 [124] ff.; illoyal verspätete Geltendmachung der Verzugsfolgen Exk. zu § 374 [147] ff.

c) Verzug nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung Exk. zu § 374 [149].

d) Verzug hinsichtlich Nebenleistungen Exk. zu 374 [160] ff.;

e) Verzug der Erben Exk. zu § 374 [153] ff.; s. Fixgeschäft, Differenzgeschäft, Börsentermingeschäft.

Kaufmann, Begriff § 1 [1] ff.; Betrieb eines Handelsgewerbes im eigenen Namen § 1 [3] ff., [6] ff., [15] ff., [23] ff.; Verlust der Kaufmannseigenschaft § 1 [24] ff.; Nichterfordernisse § 1 [26] ff.; Handelsfrau E 39; juristische Person als K. § 1 [25]; Gegenstand des Betriebes § 1 [31] ff. (Grundhandelsgeschäfte); Kraftbetriebes § 1 [31] ff.; Kraft Gegenstand des Gewerbes § 1 [34] ff.; Übergangsfragen § 1 [36]; kaufmännischer Gewerbebetrieb § 2 [1] ff.; land- und forstwirtschaftliche Betriebe § 3; Beamter § 7 [2]; Verbotsvorschriften des öffentlichen Rechts § 7 [1] ff.; Beweislast für K.-Eigenschaft § 5 [7]; Geltung infolge Auftretens als K. Exk. zu § 5 [1] ff.; Scheinkaufmann Exk. zu § 5 [1] ff.; Geltung als K. infolge Eintragung § 5 [1] ff., Exk. zu § 5 [1] ff.; Buchführung § 38 ff.; Zivilmakler? Exk. vor § 93 [8]; Handelsmakler als K. § 93 [5]; Liquidationsgesellschaft § 156 [3]; Komplementar § 161 [5]; Komplementar der Aktienkommanditges. kein K. § 320 [10]; Handelsgeschäfte § 343 [1] ff.; präsumtive Handelsgeschäfte § 344 [1] ff.; Maß der dem K. obliegenden Sorgfalt § 347 [1] ff.; Vertragsstrafe § 348 [26] ff.; Vornahme einzelner Frachtgeschäfte § 451; dgl. einzelner Spediteurgeschäfte § 407 [5], § 415; Postverwaltung kein K. § 452; Eisenbahnfiskus § 452 [3]; gesetzlicher Anspruch des K. auf Entgelt für Mühewaltungen, Darlehen usw. § 354 [1] ff.; Kontokorrent § 355 [1] ff.; Schweigen als Annahme bei bestehender Geschäftsverbindung § 362 [1] ff.; Einrede mangelnder K.-Eigenschaft gegenüber Orderpapieren § 364 [9] ff.; Veräußerung im Handelsbetriebe, guter Glaube § 366 [18] ff., Rügepflicht § 377 [1] ff.; unbestellte Ware § 377 [20]; Kommissionär § 383 [3]; s. Bürgschaft, Handelsbücher, Zinsen, Vollkaufmann, Minderkaufmann, Kauf, Zurückbehaltungsrecht, Kontokorrent.

Kaufmännische Dienste von Handlungsgehilfen § 59 [18] ff.; Anweisung, Indossament § 363; Verpflichtungsscheine § 363 [19] ff.; Begriff und Form § 363 [19] ff.; Erfordernis § 363 [22] ff.; s. Anweisung, Zurückbehaltungsrecht, Scheck.

Kaufmännischer Geschäftsbetrieb § 2 [1] ff.

Kaufmannsgerichte § 59 [5a] ff.

Kausalnexus s. Schadensersatz.

Kaution für Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [64]; s. Sicherheitsleistung, Hinterlegung; Annahme eigener Aktien als K. § 226.

Kautionshypothek, Geschäftsübergang § 22 [27].

Kellner, Gewerbegehilfe § 59 [17].

Kennenmüssen von Eintragungen § 15 [7] ff.; s. Fahrlässigkeit, Kenntnis.

Kenntnis der Beschränkungen des Vorstandes einer AktGes. § 235; von Mängeln § 377 [117] ff; s. Bekanntmachung, Eintragung, guter Glaube, redlich, Kennenmüssen.

Kinder als Handlungsgehilfen des Vaters? § 59 [9].

Kladde § 38 [6].

Klage s. Regreß, Nichtigkeit, Klagerecht, Anfechtungsklage.

Klageänderung, Rückgriff von Saldo auf einzelne Posten § 355 [28]; Minderung statt Wandelung § 377 [70]; Klage gegen Gesellschafter statt allein gegen Gesellschaft § 129 [2].

Klagerecht, Aufsichtsrat § 247 [1] ff.; s. Klage.

Klagerücknahme, Aufhebung der Verjährungsunterbrechung § 377 [138].

Klausel, Bedeutung einzelner kaufmännischer Ausdrücke § 346 [17]; S. E. & O. § 355 [29]; netto ab hier, rein netto, netto Kasse, Zahlung Kasse Exk. zu § 359 [17]; tel quel § 360 [3]; „die Ware falle, wie sie falle", „wie zu besehen" § 360 [3] ff.; „nach Besicht" § 360 [5]; „Empfang erklärt", „Besicht erklärt", „vue et agrée" § 360 [5]; Arbitrageklausel § 360 [8], Exk. vor § 373; freight payable and current exchange § 361 [2]; „ohne Verbindlichkeit", „ohne Obligo", „freibleibend" Exk. zu § 361 [16]; cif, frei hier, franko Exk. zu § 372 [31]; disponibel, sofort, Wiedereröffnung der Schiffahrt Exk. zu § 372 [45]; netto Kasse Exk. zu § 372 [46a]; desgl. gegen Konnossement Exk. zu § 372 [45b] ff.; Arbitrageklausel Exk. zu § 372 [46b]; kassatorische bei Kauf Exk. zu

Digitized by Google

§ 374[4]; tel quel, wie besehen, Mängelanzeige § 377 [36]; wie besehen, tel quel, wie sie stehen und liegen, ohne Nachlieferung § 377 [187]; „franko ab Bahnhof" Exk. zu § 382 [19]; Kosten der Versendung, bezügliche K. Exk. zu § 382 [19]; insbes. fob ebd.; „Abladegewicht gleich Fakturengewicht" Exk. zu § 382 [44]; s. cif, fob, kassatorisch.

Kleinaktien § 180 [3]ff.

Kleinbahn § 473; s. Eisenbahn.

Kleinbetrieb § 2 [8].

Kleingewerbe s. Minderkaufleute; Bestimmung durch Landesregierung § 4 [21]; Aktiengesellschaft § 210 [14]ff.

Kleingewerbetreibende, Kreis der K. § 4 [17]; Begriff § 4 [18]ff.

Kleinverkehr, Handelsmakler § 104.

Knecht s. Frachtführer.

Koch § 59 [22].

Kollektiv . . . s. Gesamt.

Kollektivgeschäftsführung, o. HGesellschafter § 115 [6]ff.

Kollektivhandlungsvollmacht § 54 [2].

Kollektivprokura § 48 Abs. 2; Ausübung § 48 [10]ff.

Kollektivsendung, Mängelanzeige § 377 [23].

Kollektivvertretung s. o. HG. III; Vorstand AktGes. § 232 [1]ff.; s. AktGes.

Kollidierende Interessen, Zivilmakler Exk. vor § 93 [35]; Handelsmakler § 99 [3]; K. Aufträge des Kommissionärs § 385 [26], § 384 [8], 392 [9].

Kollusion, beschränkte Vertretungsmacht des o. HGesellschafters? § 126 [15]; Vorstand einer AktGes. § 235 [17]; Kommissionär § 392 [9]; s. Kollidierend.

Kommanditgesellschaft.

I. Allgemeines: Begriffsmerkmale § 161 [1]ff.; keine juristische Person § 161 [2, 17]; Handelsgewerbe § 161 [3]; Firma § 161 [4]; Eintragungszwang ebd.; Komplementar ist Kaufmann § 161 [5]; Haftung § 161 [5]ff.; Ehefrau als Kommanditistin § 161 [6]; desgl. Minderjähriger § 161 [6]; Entstehung der Kommanditisteneigenschaft § 161 [8]; der Kommanditges. § 161 [10]; Eintragung erforderlich? § 161 [10]; Gegenstand gültiger Vermögenseinlage (Arbeitskraft, Dienste) § 161 [9]; subsidiäre Geltung der Vorschriften über die o. HG. § 161 [11]ff.; Formfreiheit des Vertrages § 161 [14]; juristische Selbständigkeit der K.-Gesellschaft § 161 [2, 17]; Parteifähigkeit § 161 [17]; Gesellschafter als Zeugen § 161 [17]; Anmeldungspflicht bei Gründung und Personalbestandsveränderung § 162 [1]ff.; Bekanntmachung ebd.; Anmeldung und Bekanntmachung bei Eintritt und Austritt eines Kommanditisten § 162 [6]ff.; Umwandlung in o. HG. § 162 [7]; zivilrechtliche Bedeutung der Eintragungen und Nichteintragungen § 162 [9]; Firmenzeichnung § 162 [14]; Ladenschild Exk. zu § 37 [3]; Übergang der Firma einer AktGes. auf K. § 22 [12]; Verbleiben der Erben eines o. HGesellschafters als Kommanditisten § 139; Verjährungsfragen § 177 [28]ff.

II. Rechtsverhältnis nach Innen. Verhältnis der Komplementare und Kommanditisten untereinander § 161 [16], § 163 [1]ff.; Geschäftsführung § 164 [1]ff.; Prokurabestellung § 164 [4]; Kommanditist, kein Recht und keine Pflicht zur Geschäftsführung § 164 [6], § 170; Widerspruchsrecht gegen ungewöhnliche Geschäfte § 164 [6]; Kommanditist als Prokurist § 164 [6], 170 [4]; Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis § 164 [5]; vertragliche Festsetzungen betr. Geschäftsführungen § 164 [7]; Konkurrenzverbot, keins des Kommanditisten § 165 [1]ff.; Kontrollrechte § 166 [1]ff.; (Bilanz, Bücher usw.) vertragliche Erweiterung und Beschränkung § 166 [11]ff.; Gewinn- und Verlustbeteiligung §§ 167ff.; Beteiligung am Geschäftsergebnis, Zuschreibung zum Kapitalguthaben, bis zur Höhe der Einlage § 167 [1]; Berechnung des Geschäftsergebnisses § 167 [1], § 120 [2]; Gesellschafterzinsen § 168 [1]; Gewinnverteilung § 168 [1]ff.; Verlustverteilung § 168 [4]; Entnahmebefugnis, der Komplementare § 169 [1]; Auszahlungsanspruch des Kommanditisten § 169 [2]ff.; Voraussetzungen § 169 [3]ff.; Ausgleichung des Minus durch Gewinnanteil § 169 [4]ff.; keine Rückzahlung bezogenen Gewinns § 169 [6]; Zurückhaltung von Gesellschafterzinsen § 169 [5]; direktes Klagerecht der Gläubiger § 169 [6]; vertragliche Verminderung der Einlage § 169 [9].

III. Rechtsverhältnis nach außen. Entstehung der K.-Gesellschaft § 161 [8]; juristische Selbständigkeit § 161 [2], [17]; Parteifähigkeit § 161 [17]; Gesellschafter als Zeugen ebd.; Beginn der Wirksamkeit nach außen § 162 [15]ff.; Haftung des Komplementars § 161 [5]; beschränkte Haftung des Kommanditisten § 161 [6]; vertragliche Verminderung der Einlage § 169 [9]; Vertretungsbefugnisse der Komplementare § 170 [1]ff.; Umfang § 170 [2]; Entziehung § 170 [3]; Kommanditist als Vertreter? § 170 [4]; Haftung der Kommanditisten § 171 [3]ff., § 172; Aufrechnungsrecht § 171 [2]; Haftung der Komplementare § 171 [1]; Beschränkung der H. durch Kommanditisteneinlage § 171 [4]; H. für Akzepte der K.-Gesellschaft § 171 [6]; H. im Konkurse § 171 [7]ff.; Ziel und Gestaltung der Klage gegen Kommanditisten § 171 [13]ff.; Einlagebeweis § 171 [16]; Aufrechnung § 171 [20]; Name des Kommanditisten in Firma § 171 [23]; Gläubigerschutz gegen Einlagenverkürzung § 172 [1]ff., § 174; Eintragung § 172 [1]; Erlaß, Stundung, Rückzahlung der Einlage unwirksam § 172 [3]ff., § 174; guter Glaube bei Gewinnbezug § 172 [9]; Eintritt in bestehende Gesellschaft § 173 [1]ff., § 176 [8]; Eintragung der Herabsetzung § 174 [1]ff.; Erhöhung der Einlage § 175; Haftung des Kommanditisten für Geschäfte vor Eintragung § 176 [1]ff.; Ausnahme § 176 [6]; Verjährung Exk. zu § 177 [28].

IV. Auflösung der Sozietät, Ausscheiden von Sozien. Liquidation. Auflösungsgründe: Exk. zu § 177 [1]ff.; Tod des Kommanditisten kein Grund § 177; Auf-

Digitized by Google

Kommanditgesellschaft.

kündigung Exk. zu § 177 [2, 4]; gerichtliche Entscheidung auf A. Exk. zu § 177 [3]; lebenslängliche Gesellschaft Exk. zu § 177 [4]; Gesellschaftergläubiger, Rechte Exk. zu § 177 [5]; Erben des Gesellschafters Exk. zu § 177 [7] ff.; Ausscheiden eines Gesellschafters Exk. zu § 177 [8]; Ausschließung eines Gesellschafters Exk. zu § 177 [11]; Auflösung einer als Kommanditistin beteiligten Gesellschaft § 177 [2]; Fortsetzung der Gesellschaft (Erben, Konkurs, Kündigung) Exk. zu § 177 [10], Exk. zu § 177 [12]; Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden Exk. zu § 177 [13]; Übernahmerecht bei Ausschluß des anderen Gesellschafters Exk. zu § 177 [14]; Anmeldung, Eintragung von Auflösung und Ausscheiden Exk. zu § 177 [15]; Liquidation Exk. zu § 177 [17] ff.; Firma, Bücher, Papiere ebd. [26]; Verjährung Exk. zu § 177 [28] ff.

Kommanditgesellschaft auf Aktien.

A. Allgemeines.

Begriffsmerkmale § 320 [1] ff., [7] ff. juristische Person § 320 [2]; subsidiäre Gesetzesvorschriften § 320 [5]; Handelsgesellschaft § 320 [9]; Übergangsfragen § 320 [116]; Anmeldung, Eintragung usw. § 320 [36] ff., 323 [2, 4]; Firma § 322 [7]; Prozeß gegen Komplementar § 328 [3]; Nichtigkeit § 330 [37]; s. unten F.

B. Gründung, Gesellschaftsvertrag.

a) Gründung: § 320 [17] ff.; Statut § 320 [19]; Personen der Gründer § 320 [20] ff., § 321; Simultangründung § 320 [27], § 321; Sukzessivgründung § 320 [28, 34]; Bestellung des Aufsichtsrats § 320 [29]; G.-Prüfung, Revisoren § 320 [32]; Anmeldung § 320 [33]; Eintragung, Bekanntmachung § 320 [36] ff.; Zweigregister § 320 [39]; Nachgründung § 320 [45]; Haftung der Gründer und Gründergenossen § 320 [40]; Zeichnungsschein § 323 [1] ff.; Errichtungsverhandlung bei Sukzessivgründung § 323 [3]; Nachgründung § 320 [45], § 321.

b) Gesellschaftsvertrag: Notwendigkeit § 320 [19]; Form § 320 [22], §§ 321 ff.; notwendiger Inhalt § 320 [24] ff., §§ 321 ff.; Statutenänderung § 320 [108]; Erhöhung der Kapitalanteile § 320 [109]; Herabsetzung § 320 [111] ff.; Aufnahme neuer Kommanditisten § 320 [110]; Gründungshergang § 321 [1] ff.; Aufnahme besonderer Vorteile für Komplementar § 322 [2] ff.; Stempel § 322 [4].

C. Der Komplementar.

Unbeschränkte Haftung § 320 [10]; nicht Kaufmann § 320 [11]; K. und Aktionär § 320 [46]; Beitragspflicht § 320 [47] ff.; Anteil am Gesellschaftsvermögen § 320 [49]; Übertragung der gesellschaftlichen Rechte § 320 [51]; Rechtsgründe, Haftung § 320 [54]; Erfüllungsort § 320 [56]; Einfluß des Gesellschaftskonkurses § 320 [56]; Aufrechnung? § 320 [57]; Eintritt in bestehende Gesellschaft § 320 [58]; Gewinn- und Verlustbeteiligung § 320 [65] ff., § 329; als Vertreter und Geschäftsführer § 320 [72] ff.; Entziehung der V.-Befugnis § 320 [77]; V.-Befugnis nur durch Komplementare § 320 [80]; Prokuristenbestellung § 320 [84]; besondere Vorteile, Festsetzung im Vertrage § 322 [2] ff.; sonstige Rechte und Pflichten § 325 ff.; Sorgfalt § 320 [50]; Auslagen, Zinsen, Kontrolle § 320 [51]; Buchführung § 320 [87]; Kontrolle durch Aufsichtsrat § 320 [89]; Verantwortlichkeit für Geschäftsführung § 320 [90]; Konkurrenzverbot § 326; dgl. Verjährung § 326 [7] ff.; kein Stimmrecht § 327.

D. Die Kommanditisten, Aktien, Generalversammlung.

Rechtstellung der Kommanditisten: im allgemeinen, Einlage in Aktien § 320 [13] ff.; Grenzen der Verpflichtung § 320 [59]; Rechte am Gesellschaftsvermögen § 320 [60]; Bauzinsen § 320 [60]; Gewinn- und Verlustbeteiligung § 320 [65] ff.; Bilanz § 320 [66, 69]; Aufnahme neuer § 320 [109] ff., [111].

Aktien: Übertragung der Aktienrechte § 320 [63]; Aktienamortisation § 320 [44], § 330 [25]; Erhöhung, Herabsetzung § 320 [109] ff.; Vereinigung in einer Hand § 330 [24].

Generalversammlung: Rechtsstellung § 320 [99] ff.; Kontrollrechte, Bilanzprüfung § 320 [101]; Berufung, Abstimmung, Tagesordnung, Anfechtung § 320 [103] ff.; Statutenänderung § 320 [108]; Komplementar kein Stimmrecht § 326 [1] ff.; Zustimmung der Komplementare zu Beschlüssen § 327 [4] ff.; Ausführung der Beschlüsse § 328 [1]; Kündigung § 327 [5].

E. Aufsichtsrat.

Stellung im allgemeinen § 320 [92] ff.; Bestellung im Gründungsstadium § 320 [29]; Zusammensetzung, Wahl, Widerruf § 320 [93] ff.; Vergütung § 320 [96]; Kontrollrechte § 320 [97]; Vertretung? § 320 [97]; Sorgfalt, Haftung § 320 [98]; Prozeß gegen Komplementar § 328 [2].

F. Auflösung, Liquidation.

Begriff § 330 [1] ff.; Gründe § 330 [2] ff.; Zeitablauf § 330 [3]; Gesellschafterbeschluß § 330 [4]; Konkurs § 330 [5] ff.; Zwangsvergleich § 330 [8]; Tod des Komplementars § 330 [9]; Konkurs des Komplementars § 330 [10]; Kündigung § 330 [11] ff., § 327 [5]; Veräußerung des Vermögens im ganzen § 330 [22]; Verstaatlichung ebd.; Fusion § 330 [23]; A. aus öffentlichen Gründen § 330 [23]; Vereinigung der Aktien in einer Hand? § 330 [24]; Sitzverlegung § 330 [26]; Eintragung § 330 [27]; Ausscheiden von Gesellschaftern § 330 [28] ff.; unfreiwilliges Ausscheiden § 330 [31] ff., [34]; Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden § 330 [35]; Anmeldung des Ausscheidens § 330 [36]; Nichtigkeit § 330 [37]; Liquidation, Schutzvorschriften § 330 [17] ff., § 331.

Digitized by Google

G. Umwandlung in andre Gesellschaftsarten.

U. in AktGes. § 332 [1]ff.; Mehrheitsbeschluß? § 332 [2]ff.; Anmeldung, Eintragung § 333 [1]ff.; Gang der Umwandlung § 332 [11]; Wirkung der Eintragung § 333 [4]ff.; Stempel § 333 [8]; Schutzvorschriften § 334 [1]ff.; kein Sperrjahr § 334 [5]; Fusion mit AktKommanditges. oder AktGes. § 334 [6]; U. in einfache Kommanditges. § 334 [7]; in Gesellschaft m. b. H. § 334 [9]; einer Gesellschaft m. b. H. in AktKommanditges. § 334 [8].

H. Strafrecht § 320 [114]; Ordnungsstrafen § 320 [115].

Kommanditist, kein Kaufmann 1 [18]; Verbleiben des Erben in o. HG. als K. § 139 [1]ff.; K. einer AktGes. als Zeuge § 320 [8]; s. Kommanditges. auf Aktien sub D, Kommanditges. C, Tod, Konkurs, Auflösung.

Kommissionär, Einkaufsk., Aufstellung des eingekauften Gutes in Bilanz § 40 [4]; s. Kommissionsgeschäft sub III.

Kommissionsgeschäft.

I. Allgemeines: Begriff des Kommissionärs § 383 [1]ff.; Kaufmann 383 [3]; Gegenstand seiner Tätigkeit § 383 [1]ff., [4]; Lieferung nicht vertretbarer Sachen § 383 [4]; Übernahme von Tauschverträgen? § 383 [6]; Unterschied vom Propergeschäft § 383 [9]; Beweisfragen § 383 [11]; K. ein Dienstvertrag? § 383 [18]; Rechtsverhältnis zwischen Kommissionär und dem Dritten § 383 [20]ff.; zwischen dem Kommittenten und dem Dritten § 383 [21], § 392 [8]ff.; zwischen Kommissionär und Kommittent § 392, § 383 [22]ff.; Widerruf § 383 [23]; Konkurs des Kommittenten § 383 [25]; des Kommissionärs § 383 [32]; Kollidierende Aufträge § 383 [26]; Eigentum, Besitzübergang § 383 [27]ff.; Depotfixen § 383 [34]; Konsignationskommission § 383 [41]; Pacotillevertrag § 383 [42]; Exportkommission § 383 [41], § 406 [2]; Inkassokommission § 406 [2]; Umtauschkommission § 384 [47]; Einkaufskommission § 391; Delkrederekommission § 394; Kommission eigener Aktien § 226 [1]ff.; K. in Börsentermingeschäften Exk. zu § 376 [10]; Spielgeschäften Exk. zu § 376 [64]; Eigentumsveränderung durch Vermischung beim Kommissionär § 383 [36]; Maßgeblichkeit des Wohnortes des Kommissionärs § 383 [37]; Abschluß des K.verhältnisses § 383 [38]; insbes. bei Geschäftsverbindung ebd.; durch Schweigen ebd.; keine allgemeine Übernahmepflicht § 383 [40]; Transportgefahr § 384 [30]; Erfüllungsort § 384 [30]; Wahlrecht des Kommittenten bei Nichtnamhaftmachung des Dritten § 384 [42]; Verzicht auf Übersendung des Stückeverzeichnisses § 384 [46]; vorteilhafte Abschlüsse kommen Kommittenten zugute § 387; Untersuchungs- und Rügepflicht des Kommittenten § 391 [3]; Vorschuß des Kommissionärs § 396 [14]; Widerruf des K. § 405 [7]; Abschluß vereinzelter K.geschäfte durch Kaufmann, der nicht Kommissionär ist § 406; kommissionsähnliche Geschäfte, analoge Anwendung § 406; Einkauf eigener Aktien § 226; Ungültigkeit nach Börsengesetz Exk. zu § 376 [11], [46]; Stellung des K.gutes in Bilanz § 40 [4]; Verfolgungsrecht Exk. zu § 382 [77].

II. Pflichten des Kommissionärs.

1. Diligenzpflicht § 384 [1]ff.; insbes. bei Entgegennahme des Auftrages § 384 [1], § 387 [4]; Auslosungskontrolle § 384 [2]; Zeit der Ausführung § 384 [3]; Substitutionsbefugnis § 384 [4]; Abweichung von den Anweisungen des Kommittenten § 384 [5], § 385, § 386; wenn Gefahr im Verzuge § 385 [11]; Verkauf bestmöglichst § 384 [7]; mehrere Auftraggeber § 401 [6]; Limitoüberschreitung § 386; Kollision mit eigenem Interesse § 384 [8]; Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns § 384 [9]; Konkurrierendes Verschulden § 384 [9].

2. Pflicht zur Erteilung der erforderlichen Nachrichten § 384 [10]ff.; Ausführungsanzeige § 384 [11]ff.; Folgen der Unterlassung § 384 [14]; Namhaftmachung des Dritten § 384 [13], § 405; Folgen der Unterlassung § 384 [33]ff.; Irrtum bei Ausführungsanzeige § 384 [34]; Übersendung des Stückeverzeichnisses § 384 [46]ff.; Anzeigepflicht bei Gutsbeschädigung § 388 [5].

3. Rechenschaftspflicht § 384 [17]ff.; Rechnungslegung § 384 [17]; Auskunftserteilung § 384 [18]ff.; im Falle des Delkredere § 384 [21]; Verjährung § 384 [26]; Erlaß § 384 [27]; R. im Falle des Selbsteintritts § 400 [22].

1. Leistungspflicht § 384 [28]ff.; Gegenstand § 384 [29]; Transportgefahr, Erfüllungsort § 384 [30]; Folgen der Nichtleistung § 384 [30]ff.; s. Diligenzpflicht sub II 1; Pflicht zur Zession § 392; Preis 400 [19], 401.

5. Pflichten hinsichtlich des Kommissionsgutes §§ 388ff.; Notverkauf § 388 [10]; Anzeigepflicht bei Beschädigung § 388 [5]ff.; Verantwortlichkeit für Verlust und Beschädigung § 390 [1]ff.; Versicherungspflicht § 390 [5]ff.; insbes. Pflichten des Einkaufskommissionärs bei zweiseitigen Handelsgeschäften § 391; Untersuchungspflicht, Rügepflicht des Kommittenten § 391 [3]; Pflicht des Kommissionärs zur Abtretung des Rechtes gegen Dritte wegen Mängel § 391 [3].

6. Haftung bei Delkrederekommission § 394; Begriff § 394 [1]ff.; Wirkungen § 394 [4]ff.; Einreden § 394 [4]ff.; Provision § 394 [6], § 395 [5]; Kreditassekurrenz § 394 [10].

7. Sonstige Pflichten: Rat des K. Exk. zu § 349 [12]; Pflichten im Falle des Widerrufs § 383 [23]ff.; Haftung für Gehilfen und Bevollmächtigte § 384 [1], [4]; Haftung für unbefugte Kreditgewährung § 393; desgl. für Vorschußleistung § 393; Haftung beim Wechselankauf § 395 [1]ff.; Übersendung des Stückeverzeichnisses § 384 [46]ff.; für verspätete und mangelhafte Erfüllung im Falle des Selbsteintritts § 400 [28]ff.; Preisnormierung im Falle des Selbsteintritts

Digitized by Google

§ 401, § 400 [19]; im Falle des Abschlusses für verschiedene Kommittenten § 401 [6]; Strafbarkeit aus § 79 Nr. 2 des Börsengef. § 401 [9].

III. Rechte des Kommissionärs

1. auf Erstattung § 396 [11]ff.; insbes. Vergütung für Lagerräume und Transportmittel § 396 [16]ff.; Versicherungsgelder § 396 [19]; Prozeßkosten § 396 [20]; Zinsen § 396 [23].

2. auf Provision § 396 [1]ff.; insbes. beim Delkredere § 394 [6], § 395 [5]; Höhe § 396 [1]; Fälligkeit § 396 [2]; Auslieferungsprovision § 396 [7]; P. von beiden Teilen? § 396 [9]; Verjährung § 396 [10]; P. für Realisierung seines Pfandrechts § 397 [10]; P. im Falle des Selbsteintritts § 403.

3. Das Pfandrecht § 397 [1]ff.; Voraussetzung § 397 [1]; Gegenstand § 397 [3]ff., § 398; gutgläubiger Erwerb gesetzlichen Pfandrechts § 366 [60]ff.; Konnexität nicht erforderlich § 397 [1]; Ausnahme nach Bankdepotgef. § 397 [2]; am Eigentum Dritter § 397 [6]; Inhalt § 397 [7]; im Konkurse § 397 [7]; Realisierung § 397 [8]; Provision § 397 [10]; Konkurrenz mit anderen Pfandrechten § 443; mit Retentionsrecht § 443 [10]ff.

4. Selbsteintrittsrecht: Begriff § 400 [1]ff.; Voraussetzungen § 400 [4]ff.; vereinbarter Ausschluß des § 400 [6]; insbes. im Falle des Delkredere? § 400 [6]; bei Differenzgeschäften? § 400 [6]; Zeit und Form des S. § 400 [9]ff., [11]ff.; Wirkungen § 400 [16]ff.; Preis § 400 [20]; Rechenschaftsbericht § 400 [22]; Rücktrittsrecht § 400 [25]; Verjährung § 400 [28]; Pfandrecht § 404; Provision § 403; Vermutung gegen S.? § 405; kein S. nach Widerruf § 405 [7]ff.; Aktienvereine § 400 [31].

5. Sonstige Rechte § 396 [23]; Bücherein-sicht? § 396 [20]; Verfolgungsrecht Exk. zu § 382 [96]ff.; Retentionsrecht § 396 [48]; Rangordnung § 443 [1]ff., § 443 [10]; Recht im Falle des Widerrufs § 383 [23]; Rechte des K. bei unterlassener Verfügung des Kommittenten über das Kommissionsgut § 389; insbes. Hinterlegungsrecht § 389 [2]; Erstattung von Versicherungsgeldern § 390 [10]; Kompensationsrecht § 397 [12]; Retentionsrecht § 397 [13]; kein Rücktrittsrecht wegen Erfüllungsverzuges des Kommittenten § 397 [11]; dagegen im Falle des Selbsteintritts § 400 [25]; Vorrecht an Außenständen § 399; Beweissicherung Exk. zu § 379.

Kommissionsgut s. Kommissionsgeschäft sub II 5 und sub III 3.

Kommissionskopie, vorbehaltlose Annahme Exk. zu § 372 [35]; „limit" Exk. zu § 372 [35]; Zahlungsfristen in Exk. zu § 372 [48]; Erfüllungsort, Übersendungsort Exk. zu § 372 [60]ff.

Kommunalverband, Unternehmen § 36; Rechnungsabschlüsse § 42; Übernahme des Gesamtvermögens einer AktGes. § 304; Gewähr für Aktienbetrag § 180.

Kompensation s. Aufrechnung.

Komplementar, Kaufmann § 1 [18]; s. Kommanditges., Kommanditges. auf Aktien sub C, stille Ges.

Komplizierter Alternativkauf § 375 [1].

Konfektionär § 59 [14].

Konfiskation des Frachtgutes § 427 [4].

Konkludente Handlungen, Stellvertretung Exk. zu § 58 [7]; o. HG. § 105 [43], § 126 [17]; Maklerauftrag Exk. vor § 93 [10]; s. Saldofeststellung, Differenzgeschäfte, Schablonenhaftigkeit.

Konkrete Schadensrechnung, Zahlungsverzug Exk. zu § 374 [30].

Konkreter Schaden Exk. zu § 374 [65]ff.; s. Schadensersatz.

Konkurrenzklausel, nach Beendigung des Dienstverhältnisses mit Handlungsgehilfen §§ 74ff.; Lehrling § 76 [22]; s. Handlungsgehilfe IV, Vertragsstrafe.

Konkurrenzverbot, bei Geschäftsveräußerung § 22 [33]ff.; des o. HGesellschafters § 112 [1]ff., § 113 [1]ff.; gesetzliches § 60 [1]ff.; Übertretung des K. Entlassungsgrund § 72 [2]; Lehrling § 76 [19]; kein K. des Agenten § 84 [22]; Fortfall bei Liquidation der o. HG. § 145 [4]; keins des Kommanditisten § 165 [1]ff.; Vorstand einer AktGes. § 236 [1]ff., [11]ff.; keins gegen Liquidatoren der AktGes. § 298 [12]; des Komplementars einer AktKommanditges. § 326 [1]ff.; s. Handlungsgehilfe, Firma, o. HG.

Konkurrierendes Versehen § 347 [12]; des Handlungsgehilfen § 62 [11]ff.; des Kommissionärs § 384 [9]; des Spediteurs § 408 [2]; des Absenders beim Frachtgeschäft § 429 [18]ff.; der Eisenbahn § 456 [14]; s. Verschulden, Haftung, Schadensersatz.

Konkurs, Firmen-Veräußerung § 22 [5], [7]; Eintragung ins Handelsregister § 32; des Prinzipals, Prokura § 52 [12]; Einfluß auf Solidarhaft der o. HGesellschafter § 128 [7]; der o. HG. § 131 [9]ff.; Stellung der Gesellschafter § 131 [12]; über das Vermögen eines o. HGesellschafters § 131 [18]; eines o. HGesellschafters, Fortsetzungsbeschluß § 141 [4]; des Prinzipals, Einfluß auf Dienstverhältnis § 70 [28]ff.; Agent kein Vorzugsrecht § 88 [21]; Agenturverhältnis § 92 [8], [12]ff.; Maklervertrag Exk. vor § 93 [42]a; der verbleibenden o. HGesellschafter, Regreß des Ausscheidenden Exk. zu § 141 [12]; der o. HG. Fortsetzungsbeschluß § 144; Agent § 92 [7], [18]ff.; Haftung der Kommanditisten im Gesellschafts-K. § 171 [7]ff.; Haftung der Aktienzeichner § 189 [26]; der AktGes., Rückforderungsanspruch gegen Aktionär § 217 Abs. 2; des Aktionärs § 218 [15], § 219 [5]; der AktGes. § 218 [15]; Vorstand AktGes. § 231 [24]; der AktGes., Rechte gegen Vorstand § 241 [16]; Antragspflicht des Vorstandes einer AktGes. § 240 [9]ff.; desgl. Strafen § 315; der AktGes. Fortsetzungsbeschluß § 307 [10]ff.; wieder eröffnete Liquidation nach K. der AktGes. § 302 [24]; Auflösung der AktGes. § 292 [7]ff.; Unterlassung des K.-Antrages,

Digitized by Google

AktGes. § 315 [3]; der AktKommanditges.; Einfluß auf Komplementarhaftung § 320 [56]; Komplementar einer AktKommanditges. § 330 [10]; eines Gesellschafters einer st. Gesellschaft § 339 [6], § 340 [17], §§ 341, 342; des Hauptschuldners, Einfluß auf Bürgschaft § 349 [11, 18]; des Hauptschuldners, Stellung des Bürgen § 349 [44]; des Bürgen § 349 [45]; **Akkordvertrag** Exk. zu § 350 [1]ff.; Präsumtivkonkurs Exk. zu § 350 [10]ff.; AktKommanditges. § 330 [5]ff.; Kontokorrentkontrahent § 355 [41]; des Anwesenden § 363 [18]; des Scheckausstellers Exk. zu § 363 [13]; kein gutgläubiger Erwerb vom Gemeinschuldner § 366 [81]ff.; des Pfandschuldners § 368 [44]; Verhältnis des Pfandgläubigers zu andern Gläubigern § 368 [78]ff; Sicherungsübereignung im K. § 368 [108]ff.; Zurückbehaltungsrecht im K des Schuldners § 369 [36]ff, [58]; Verzug, Kaufvertrag Exk. zu § 382; **Einfluß des K. auf den schwebenden Kaufvertrag** Exk. zu § 382 [76, 97]; Fixgeschäft ebd. [96]; Verfolgungsrecht des Verkäufers Exk. zu § 382 [98]ff.; des Kommittenten § 383 [25]; des Depotverwalters Exk. zu § 424 [6]; s. Anfechtung, o. HG. VII, Kommanditges. IV, **Konkursverwalter**, Vorrecht, Vorstand, Zurückbehaltungsrecht, Zwangsvergleich.

Konkursfiskus s. Konkurs, Gemeinschuldner.

Konkursvergehen des Vorstandes einer AktGes. § 315.

Konkursverwalter kein Kaufmann § 1 [18]; Stellung im K. der Kommanditges. § 171 [7]ff.; schwebender Kaufvertrag Exk. zu § 382 [81]; kann keine Prokura erteilen § 48 [4]; Vertragsstrafe im Konkurse des Schuldners § 318 [36]; s. Konkurs.

Konnexität, Zurückbehaltungsrecht § 369 [10]ff.

Konnossement der Seeschiffer, Orderpapier § 363 [33]; Verpfändung § 368 [19]ff., [28]ff.; Zurückbehaltungsrecht an § 369 [28]ff.; netto Kasse gegen . . . Exk. zu § 372 [46]b; Kauf gegen K., Kasse gegen K., Selbsthilfeverkauf § 373 [36]; s. Eigentum, Transportpapiere, Übergabe, Orderpapiere.

Konnossementsanteilscheine, Übergabe § 363 [38].

Konsens s. Genehmigung, Schweigen.

Konserven s. Stichproben.

Konsignationsfakturen § 386 [1].

Konsignationskommission § 383 [41].

Konsortium Exk. zu § 342.

Konstituierende Generalversammlung § 196; s. Gründung.

Konsumverein, Kaufmann? 1 [8].

Kontogeschäfte, verbotene Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [43].

Kontohandel s. Börsentermingeschäfte.

Kontokorrentaufrechnung, Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [16]ff.

Kontokorrentbürge § 349 [1].

Kontokorrentsaldo, Anerkenntnisse von Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [16]; von Spielgeschäften ebd. [69].

Kontokorrentverhältnis: Wesen § 355 [1]ff.; Unterschied von gewöhnlicher, laufender Rechnung § 355 [1], Exk. zu § 357; Saldofeststellung, Novation § 355 [2]; Verrechnung, Ausgleichung, Tilgung § 355 [3]ff.; die einzelnen Posten unpfändbar, unzessibel § 355 [7, 17]; Spiel-, Wett-, Differenzgeschäfte § 355 [7]; wesentlich, daß beiderseits Forderungen § 355 [8]; ein Teil Kaufmann § 355 [9, 14]; K.-Vertrag unter Nichtkaufleuten § 355 [10]; Eingehung des K.-Vertrages, Form § 355 [12]; dgl. konkludente Handlungen § 355 [12]; Gegenstand des Kontokorrentvertrages § 355 [15]; (Miete, Wechsel § 355 [15]); **Wirkungen** des K., Fälligkeit, Verjährung § 355 [16]; Bankier, Einschüsse § 355 [16]; Saldovortrag ist Saldoposten § 355 [18]; Gerichtsstand § 355 [21].

Saldofeststellung § 355 [23]ff.; Anspruch auf Feststellung § 355 [23]; Klage auf Anerkennung und Zahlung § 355 [23]; Schiedsgerichtsklausel bezüglich einzelner Posten § 355 [24]; Vorgang der Saldof. § 355 [25]ff.; Fortsetzung des Geschäftsverkehrs, Anerkenntnis § 355 [26]; Wirkung der Saldofeststellung § 355 [2, 18, 27].; Rückgriff auf einzelne Posten, Klageänderung § 355 [28]; Erfüllungsort § 355 [28]; Einwendungen gegen einzelne Posten § 355 [29]; Klausel S. E. & O. § 355 [29]; Anfechtung wegen ungiltiger Geschäfte § 355 [30]ff.; zum Teil ungiltige Geschäfte § 355 [31]; Verjährung des festgestellten Saldos § 355 [32]; Zinsen und Provisionen § 355 [33]ff.

Dauer des Kontokorrentvertrages, Kündigung § 355 [39]; Fortsetzung nach Ablauf der Rechnungsperiode § 355 [39]; Konkurs eines Kontrahenten § 355 [41]; Fortbestand von Sicherheiten und solidarischer Mithaftung für einzelne Posten nach Saldofeststellung § 356 [1]ff.; Stellung der Pfändungsgläubiger eines K.-Kontrahenten § 357 [1]ff.; offene Rechnung oder uneigentliche laufende Rechnung Exk. zu § 357 [1]ff; s. **Börsentermingeschäfte**, s. Kontokorrent.

Kontrahieren mit sich selbst Exk. zu § 58 [10]ff.; des Vorstandes einer AktGes. mit sich selbst § 232 [48]; eines o. HGesellschafters mit sich selbst § 126 [14]; s. kollidierende Interessen, Beweislast.

Kontrahierungszwang von Anstalten mit veröffentlichten Bedingungen Exk. zu § 346 [27]; Abnahme und Lieferungspflicht gegenüber einzelner Firma Exk. zu § 346 [27].

Kontrollrechte des Aufsichtsrats § 246 [1]ff.; des Einlagerers § 418; des o. HGesellschafters § 118 [1]ff.; der **Kommanditisten** § 166 [1]ff.; (Bilanz, Bücher, richterliches Eingreifen) Aufsichtsrat einer AktKommanditges. § 320 [97]; des stillen Gesellschafters § 338 [1]ff; s. Kommanditges., Prüfung.

Konventionalstrafe s. Vertragsstrafe, Konkurrenzklausel.

Konzessionspflichtiges Unternehmen einer Akt.-Ges., Änderung § 277 [5].

Digitized by Google

Konzessionsurkunde, Anmeldung der AktGes. § 195 [14].
Kooptation, Vorstand § 231 [20]; Aufsichtsrat § 243 [1].
Kopie, Handelsbriefe § 38 [7]; s. Abschriften.
Kopierbuch § 38 [7].
Körperverletzung durch Eisenbahn § 472 [10].
Korporation, öffentliche, Rechnungsabschlüsse § 42; Übernahme des Gesamtvermögens einer AktGes. § 304; s. juristische Person.
Korrektivposten § 262 [27].
Korrespondenz, Aufbewahrung, Kopie § 38 [7]; s. Briefe, Aufbewahren.
Kostbarkeiten, Gegenstand des Frachtgeschäfts § 429; Eisenbahntransport § 456 [18], § 463.
Kosten, des Agenten § 90; außerordentliche Generalversammlung § 254 [25]; der Revisorenbestellung einer AktGes. § 267 [4]; einer unbegründeten Regreßklage der Minderheit § 269 [5]; bei aktienrechtlicher Anfechtungsklage, Generalversammlungsbeschluß § 272 [16]; keine Änderung des Erfüllungsortes durch K.-Übernahme Exk. zu § 372 [32]; der Geldübersendung Exk. zu § 372 [58]; Übergabeverzug des Verkäufers Exk. zu § 374 [78]; unbestellter Ware § 377 [201]; Aufbewahrung beanstandeter Ware § 379 [17]; der Beweissicherung Exk. zu § 379 [6]; Kauf auf Probe Exk. zu § 382 [28]; der Erfüllung des Kaufvertrages überhaupt Exk. zu § 382 [118]ff.; der Übersendung Exk. zu § 382 [44]; s. Bilanz, Spesen, Auslagen.
Kostgeschäft, Aktie, Stimmrecht § 252 [8].
Kouponprozesse § 361 [1].
Koupons, Pfandobjekt § 440 [4].
nach Kräften § 346 [17].
Kraftloserklärung von Wertpapieren, Gewährleistung § 377 [102]; von Aktien, Interimsscheine § 228 [1]ff.; durch Kapitalsherabsetzung § 290; von Orderpapieren § 365 Abs. 2; s. AktGes. E, Aufgebot, Amortisation, Abhandenkommen.
Krämermakler § 104 [1].
Krankenhaus, Briefübergabe Exk. zu § 361 [7].
Krankheit, des Handlungsgehilfen § 72 [5, 8]ff.; desgl. der Angehörigen ebd.; Agent § 92 [14]; des Vorstandes AG. § 231 [25]a; s. Handlungsgehilfe, Unglück.
Kreationstheorie § 381 [2].
Kreditassekuranz § 394 [10].
Kreditauftrag § 349 [81]ff., [52]ff.
Kreditbrief § 349 [58].
Kreditbürgschaft § 349 [27]ff., [81]ff.
Kreditgewährung durch Kommissionäre § 393; s. Stundung, Kauf II.
Kreditkauf s. Kauf II.
Kreditorenkonto, Bilanz § 261 [39].
Kreditvermittlung, Grundhandelsgeschäft § 1 [67].
Kreditvertrag § 349 [58].
Krieg, Übergabeverzug Exk. zu § 374 [47]ff.; Verspätung des Spediteurs § 414 [5]; s. höhere Gewalt.
Kumulation, Schuldübernahme § 350 [10].
Kundenüblicher Preis Exk. vor § 373 [28].
Kündigung seitens des Mannes wegen persönlicher Leistungen der Frau E 73ff.; Lehrling § 77 [5]ff.; des Vertrages betr. o. HG. § 132 [1]ff., 131 [20]; der Kommanditgei. Exk. zu § 177 [2]; Aktienamortisation § 227 [7]; einer stillen Gesellschaft § 339 [16]ff., [19]ff.; Handelsgeschäft § 343 [19]; Kontokorrent § 355 [29]; Lagerhalter § 422; s. Kommanditges. auf Aktien F, AktGes. F, Handlungsagent, o. HG. V, VI, Vorstand, Widerruf, Handlungsgehilfe II.
Künftige Sachen, Verpfändung § 368 [2].
Kunstgegenstände, Frachtgeschäft § 429; im Eisenbahnverkehr § 456 [18], § 462.
Kunsthandel, Handelsgeschäfte § 1 [78]ff.
Künstler § 59 [18].
Kuponprozesse § 361 [1].
Kurs, betrügerische Einwirkungen § 318 [1]ff.; Rückgang von Pfandpapieren § 368 [2]; Eigenschaften des Papiers § 381 [4, 6]; s. Aktie, Nennbetrag, Marktpreis, Geldkurs.
Kursfähigkeit, Inhaberpapiere § 360 [1]ff.
Kursmakler § 93 E, § 93 [5, 7]; Selbsthilfeverkauf durch K. § 373 [24]; K. keine Handlungsgehilfen § 59 [28].
Kursnotiz, Maßgeblichkeit Exk. vor § 373 [29]ff.
Kurswert s. Kurs, Geld, Erfüllungsort.
Kurze, Anschaffungsgeschäfte § 1 [40]; Wertpapier- Börsentermingeschäfte in K. Exk. zu § 376 [5]; K.kauf, Eigenschaften des Papiers § 381 [4, 6]; s. Differenzgeschäft.

L.

Laden offener, Schild Exk. zu § 37 [4]; Vollmacht des im L. Angestellten § 56 [1]ff.
Ladenpreis im Buchhandel § 346 [17].
Ladenschild, Firma, Exk. zu § 37 [1]ff.
Ladeschein § 444ff., Verpfändung § 368 [19]ff., [28]ff.; Zurückbehaltungsrecht an § 369 [2]ff.; s. Frachtgeschäft III.
Ladung, Zustellung an AktGes. § 231 [4]; s. o. HG.
Lagergeld, Anspruch des Kaufmanns § 354 [1]ff.; Wandelung § 377 [71]; Erstattung für Kommissionär § 396 [11].
Lagergeschäft.

I. Allgemeines: Begriff, Lagerhalter § 416 [1]ff.; Packhöfe, Zollniederlagen § 416 [3]; uneigentlicher Verwahrungsvertrag § 416 [7]; Sorgfalt § 417 [5]; Lagerung vertretbarer Sachen § 419; Vermischung § 419; Summenlagergeschäft § 419 Abs. 3; Verjährung § 423; Lagerschein § 424; Namens- oder Rektalagerschein § 424 [7]ff., Inhaberlagerschein § 424 [9]; Lagerpfandscheine § 424 [13]; Abtretung des Anteilrechts des Einlagerers § 419 [8]; Verpfändung, Pfändung des Anteilrechts § 419 [9]; Erfüllungsort § 420 [5]; s. Bankverwahrungsgeschäft.

II. Pflichten des Lagerhalters §§ 416ff.

a) Erhaltung des Gutes § 417; Anzeigepflicht bei entwertender Veränderung § 417;

Digitized by Google

b) Aufbewahrungspflicht § 417; Lagerungspflicht § 422; Kündigung § 422;
c) Versicherungspflicht § 417;
d) Kontrolle durch Einlagerer § 418.
III. Rechte des Lagerhalters:
a) Auf Vergütung § 420; Lagergeldauslagen ebd.; Fälligkeit § 420 [4];
b) Pfandrecht § 421; vertragsmäßiges § 421 [6];
c) Retentionsrecht § 421 [7];
d) Kündigungsrecht § 422;
e) kein Hinterlegungsrecht § 417 [8]ff.;
f) kein Vermischungsrecht § 419;
g) Recht auf Rücknahme § 422 [2].

Lagerhalter, gutgläubiger Erwerb gesetzlichen Pfandrechts § 366 [61]ff.; Beweissicherung Exk. zu § 379; s. Lagergeschäft.

Lagerhaus, Niederlegung seitens eines die Offerte ablehnenden Kaufmanns § 362 [18].

Lagerkosten § 420; s. Auslagen, Lagergeschäft.

Lagerpfandschein § 424 [18].

Lagerräume des Kommissionärs § 396.

Lagerschein § 424; Orderpapier § 363 [33]; Zurückbehaltungsrecht an § 369 [28]ff.; s. Eigentum, Indossament, Lagergeschäft.

Lagerung, Lagergeschäft § 416 [7]ff.; s. Lagergeschäft.

Landesgewohnheitsrecht E 23, 31.

Landesrecht als Rechtsquelle des Handelsrechts E 19.

Landesregierung, Bestimmung des Begriffs, Kleingewerbe § 4 [22]; Zusammenziehung von Ortschaften § 30 [13]; Bestimmungen über Zahlungen aus öffentlichen Kassen Exk. zu § 372 [68].

Landwirtschaftliche Geschäfte, Handelsgeschäfte § 343 [5]; Betrieb, Kaufmann? § 3; Löschungsantrag wegen Firma § 3 [15].

Laufbursche § 59 [17].

Laufende Rechnung, uneigentliche Exk. zu § 357; s. Kontokorrent.

Lebende Tiere s. Tiere.

Lebensversicherungspolice, Verpfändung? § 368 [1].

Lebenszeit, Anstellung eines Handlungsgehilfen auf L. § 66 [3]; o. HG. auf L. 134; s. Vorstand.

Leckage § 456 [1]ff., § 459.

Legitimation, Teilnahme an Generalversammlung § 259 [1]ff.; des Besitzers handelsrechtlicher Orderpapiere § 365 [7]ff.; bei Postbehörden § 452 [3]ff.; s. Indossament, Orderpapier, Scheck, Vertretung.

Legitimationskarte der reisenden Agenten § 84 [32].

Legitimationsübertragung § 222 [19]; insbes. bei Inhaberaktien § 223 [17]; gemeinschaftliche Aktie § 225 [4].

Legitimationsurkunden keine Wertpapiere § 1 [40].

Lehrling s. Handlungslehrling.

Lehrvertrag § 76 [5], [13]; s. Handlungslehrling.

Leichentransport § 426 [18].

Leichtsinn, Wucher Exk. zu § 346 [19].

Leihanstalten, kaufmännischer Betrieb § 2 [8].

Leihbibliothek kein Kaufmann § 1 [80].

Leihe von Aktien gegen Entgelt § 318 [8]; Haftung des Kaufmanns bei L. § 347 [6]; Sachmiete § 380 [6].

Leistung vor Fälligkeit, kein Zwischenzins Exk. zu § 359 [11]ff.; s. Aktionär.

Leistungspflichten der Aktionäre, Statuten Änderung § 276.

Leitung der Generalversammlung § 196, § 256 [10]ff., [12]ff.

Leute s Frachtführer, Eisenbahn.

lex commissoria § 368 [43].

Licenz s. Patent.

Lieferbarkeit von Inhaberpapieren § 360 [1]ff.

Lieferfrist, Versäumung im Eisenbahnverkehr § 466; s. Verzug, Frist, Nachfrist, Kauf VI.

Lieferungsbereitschaft des Verkäufers, Annahmeverzug § 373 [15].

Lieferungsgeschäfte, handelsrechtliche L. als Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [3]ff., [52]ff.; s. Börsentermingeschäfte, Differenzgeschäfte, Spiel.

Lieferungsvertrag Exk. vor § 373 [18]ff.; Rügepflicht § 377 [1]ff.; s. Kauf V.

„limit“ in Kommissionskopie Exk. zu § 372 [35].

limited société, anonyme § 201 [22].

Limito, Überschreitung des Kommissionärs § 386; L. kein Hindernis für Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs § 401 [4]ff.; Preis im Falle einer L.-Überschreitung § 401 [4]; s. Kommissionsgeschäft.

Liquidation, Firma § 22 [5]; nicht für Einzelkaufmann § 145 [1]; der Kommanditges. Exk. zu § 177 [17]; einer st. Gesellschaft § 340 [1]ff.; L. Preisfestsetzung bei Börsenterminegeschäften Exk. zu § 376 [42]; s. st. Gesellschaft, Umwandlung, Kommanditges. auf Aktien F, o. HG. VII, s. AktGes. H III.

Liquidationsvertrag (Präventivkonkurs) Exk. zu § 350 [10].

Liquidator kein Kaufmann § 1 [18]; Handelsbücher § 38 [3]; s. AktGes. H I, III, o. HG. VII, Kommanditges. auf Aktien.

Lizenz s. Patent ...

Lohn, Gründerlohn § 186 [10]ff.; s. AktGes. D IV.

Lohnbeschlagnahme, Beschränkungen § 59 [47].

Lombardgeschäft, Grundhandelsgeschäft? § 1 [42]ff.; uneigentliches § 368 [87].

Los s. Lotteriespiel.

Löschung, Kapitalserhöhung der AktGes. § 284 [7]; einer nichtigen AktGes. § 309 [16]; s. Firma, Handelsregister, Amtswegen.

Lossagen vom Vertrage, s. positive Vertragsverletzung, Rücktritt.

Lotterielos, Vertragsschluß Exk. zu § 361 [22].

Lotteriespiel, Handelsgeschäfte § 343 [27].

Lücken in Handelsbüchern § 43 [3].

Luftdruckbahn, Eisenbahn § 453 [6].

M.

Mahnung, Voraussetzung des Zahlungsverzuges? Exk. zu § 374 [15]ff.; Erfordernis für Übergabeverzug des Verkäufers Exk. zu § 374 [50]ff.;

Digitized by Google

in Verbindung mit Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme Exk. zu § 374 [97]ff.
Majorität, Generalversammlung § 251; s. Abstimmung.
Makler.
I. amtliche Handelsmakler § 93 E, Kursmakler § 93 E, § 93 [5].
II. nichtamtliche Handelsmakler §§ 93ff.; Begriff § 93 E, § 93 [1]ff., s. unten III; betr. Gegenstände des Handelsverkehrs § 93 [4]; Patentanwälte als H. § 93 [4]; Geschäfte des Bankgewerbes § 93 [4]; Kaufmannseigenschaft § 93 [5]; Pflichten als Kaufleute ebd.; Stellung zu den Parteien § 93 [6]; Vertreter einer Partei? § 93 [6]; Prüfung der Solvenz § 93 [8]; Pflicht, Schlußnoten beider Parteien zuzustellen §§ 94, 104; Aufbewahrung der Schlußnoten § 95 [6]; Vorbehalt der Bezeichnung des Gegenkontrahenten § 95 E, § 95 [1]ff.; Genehmigung des unbekannten Gegenkontrahenten § 95 [1]ff., § 95 [6]; Probeaufbewahrung § 96; Legitimation zur Erfüllungsannahme § 97; Schadensersatz wegen Verschuldens § 98; Pseudovertreter ebd.; Maklerlohn (Zahlungspflicht, Höhe, Fälligkeit, Verjährung) § 99 [1]ff.; kollidierende Interessen § 99 [3]; Handelsbücher, Tagebuch § 100; Auszüge aus Tagebuch für Parteien § 101; richterliche Anordnung auf Vorlegung des Tagebuchs § 102; Strafvorschriften wegen Pflichtverletzung betr. Tagebuch § 103; Schlußnoten und Tagebuch keine Anwendung im Kleinverkehr § 104; Beeidigung in Preußen § 93 [5]; Schlußnotenannahme, Bedeutung § 95; Erben des Handelsmaklers § 103.
III. Zivilmakler (Grundstücks-, Hypothekenmakler Exk. vor § 93; Begriff Exk. vor § 93 [1]ff.; Unterschied zu Handelsmakler Exk. vor § 93 [2]ff.; Dienstvertrag? Werkvertrag? Pflicht zum Zustandebringen eines Vertrages? Exk. vor § 93 [3, 5]; Nachweismakler Exk. vor § 93 [6]; Kaufmannseigenschaft des Z. Exk. vor § 93 [8]; Schweigen Auftragsannahme Exk. vor § 93 [8]; die einzelnen rechtlichen Bestandteile des Zivilmaklervertrages Exk. vor § 93 [10]ff.; Übertragung des Auftrages durch konkludente Handlungen Exk. vor § 93 [10]; Maklerprovision Exk. vor § 93 [11]ff.; Höhe Exk. vor § 93 [11]; Beweislast ebd.; Herabsetzung Exk. vor § 93 [12]; Theaterstellenvermittler Exk. vor § 93 [12]; Auslagen Exk. vor § 93 [15]; Widerrufsrecht des Kommittenten Exk. vor § 93 [17]ff.; Abschluß eines rechtsgültigen Vertrages Exk. vor § 93 [18]ff.; Anfechtung Exk. vor § 93 [21]; Realverträge, Darlehnsverträge Exk. vor § 93 [27]; Gewähr für Ware und Gegenkontrahenten? Exk. vor § 93 [25, 37]; bedingter Vertrag? Exk. vor § 93 [30]ff.; Kenntnis des Kommittenten von der Vermittlertätigkeit Exk. vor § 93 [29]; Widerrufs- und Reurechte einer Partei Exk. vor § 93 [30]; Kausalzusammenhang der Maklertätigkeit Exk. vor § 93 [31]ff.; mehrere Makler § 93 [32]; persönliche Tätigkeit, Zwischenmakler? Exk. vor § 93 [34]; kollidierende Interessen? Exk. vor § 93 [36, 37, 43]; Pflichtverletzung Exk. vor § 93 [37]ff.; Schadensersatzpflicht des Maklers Exk. vor § 93 [37]ff.; Übernahme der Verpflichtung zur Vermittlertätigkeit Exk. vor § 93 [39]; Verjährung Exk. vor § 93 [40]; Anspruch auf Rechnungslegung, Büchervorlegung Exk. vor § 93 [41]; Erfüllungsort Exk. vor § 93 [42]; Tod, Konkurs Exk. vor § 93 [42]a; Pflichten gegenüber anderer Partei Exk. vor § 93 [43]; gewerberechtliche Vorschriften Exk. vor § 93 [44]; Gesindevermieter, Stellenvermittler, Heiratsvermittler, Darlehnsvermittler ebd.; Übergangsfragen Exk. vor § 93 [45].
mala fides superveniens § 366 [29]; s. redlich.
Maler, kein Kaufmann § 1 [9].
Mandat s. Auftrag, Beauftragter, Inkassomandat, Vertretungsmacht.
Mängel, Zeichnungsschein § 189 [10]; Heilung § 189 [11]; heilbare, einer nichtigen AktGes. § 310; M. des Statuts § 309; geringfügige des Kaufobjekts Exk. zu § 374 [166]; Viehmängel § 382; Frachtgeschäft § 438; M. des Kommissionsgutes §§ 388, 391; s. Nichtigkeit, Prüfung, Form, Heilung, Kauf V, positive Vertragsverletzung.
Mängelanzeige s. Kauf V, Handlungsreisender.
Mangelhafte Ware, Übergabeverzug? Exk. zu § 374 [42]; s. Mängel.
Mängelhaftung für Aktie § 209 [9].
Mängelrüge gegenüber Agenten § 86 [4]; s. Kauf V.
Manko, Gewichtsverlust § 460.
Marke, unechtes Inhaberpapier § 365 [9].
Marktfähigkeit § 377 [39].
Marktpreis in Bilanz der AktGes. § 261 [18]ff.; (in dubio) Exk. vor § 373 [28]ff.; Selbsthilfeverkauf § 373 [34]; Berechnung abstrakten Schadens des Käufers Exk. zu § 374 [68]ff.; s. Hand freie, Börsenpapier.
Maschinen, Werklieferungsvertrag? § 381 [15].
Maße, Auslegungsregel § 361 [1]ff.
Massenartikel, Probemäßigkeit Exk. zu § 382 [9].
Materialien s. Bilanz.
Maurermeister s. Bauunternehmer.
Maximalhaftung der Eisenbahn § 461 [1]ff., §§ 462ff.
Medaillen, Geschäftsübergang § 22 [25].
Mehrere Handelsniederlassungen § 13 [4]; Erben, Geschäftsübergang § 27 [25]ff.; Makler Exk. vor § 93 [32, 34]; Personen, st. Gesellschaft § 335 [5]; Mitbürgen § 349 [46]ff.; Wohnsitze, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [23, 56]; Auftrage an Kommissionär § 401 [6]; Sachen s. teilweise Lieferung; m. Mängel § 377 [28]; m. Berechtigte an einer Aktie § 225; m. Gewerbe § 1 [23]; v. HGesellschaften § 105 [39]; Mängel § 377 [23]; Verkäufer, Arglist § 377 [165]ff., § 173; Rechtsgeschäfte, Arglist § 377 [165]; s. Tantieme, Gemeinschaftlich.
Mehrfache Mängelanzeige § 377 [29].
Mehrheit s. Stimmrecht, AktGes. F III; Generalversammlung § 251.
Meinungsverschiedenheit, Prüfungsbericht § 194.
Menge, Zusendung einer nicht bestellten § 378.
Mentalreservation § 346 [2] a. E.

Digitized by Google

Messe, Bestimmung der Leistung § 359 [1]ff.
Metallwert, Pfandverkauf nicht unter § 368 [57].
Miete, kein Anschaffungsgeschäft § 1 [86]; Handelsgeschäft § 343 [22]; im Kontokorrent § 355 [15]; M. von Aktien § 318.
Mietstaler Exk. zu § 348 [1]ff.
Mietverträge über Grundstücke, Form § 350 [28]ff.
Milchpachtvertrag § 1 [37].
Militärische Dienstleistung des Handlungsgehilfen § 63 [2], § 72.
Minderheit der Aktionäre, Recht auf Generalversammlung § 254 [1]ff., [10]ff.; auf Ankündigung von Gegenständen § 254 [15]ff.
Minderheitsrechte s. AktGes. F IV.
Minderjährige, Gewerbebetrieb § 1 [21]ff.; als Gesellschafter einer o. HG. § 109 [3]; Konkurrenzverbot ungültig § 74 [4]; Auseinandersetzung o. HG. § 145 [15]; Kommanditist § 161 [6]; als Gründer § 182 [9]; Prokurist § 148 [3]; s. Vormund, Vorstand, Aufsichtsrat.
Minderkaufleute, Begriff § 4 [1]ff.; Eintragungsantrag § 4 [22a]ff.; Firma der M. § 4 [23]; Prokura § 4 [24]; Warenzeichen § 4 [23]; Handlungsbücher § 4 [25]; Gesellschaften, handelsrechtliche § 4 [26]; Ausschluß gewisser handelsrechtlicher Vorschriften für M. § 4 [27] (Vertragsstrafe, Bürgschaft, Schuldversprechen); Anwendbarkeit handelsgesetzlicher Bestimmungen § 4 [29]; M. und zugleich Vollkaufmann § 4 [30]; Übergangsfragen § 4 [31]; Wirkung der Firmaeintragung § 5 [1]ff.; Handelsmakler § 93 [5]; Handelsgeschäfte § 343 [4]ff.; Bürgschaft, Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis, Vertragsstrafe § 351 [1]ff.; gesellschaftliche Vereinigung Exk. zu § 342 [8]ff.; Rügepflicht § 377 [2]; s. Kontokorrent, Firma.
Minderung, drohende des Wertes eines Pfandes § 368 [34]; statt Wandelung, Klageänderung § 377 [70], § 377 [76]ff.; Arglist des Verkäufers § 377 [172]; des Speditionsgutes § 414; bei dem Lagerhalter § 423; bei der Beförderung § 438; auf der Eisenbahn §§ 457, 464; s. Kauf V 3.
Minderwertig, Lieferung m. Ware, positive Vertragsverletzung Exk. zu § 374 [175].
Minimalbetrag, Aktie § 180; s. Betrag, Aktie.
Minoritätsrechte s. AktGes. F IV.
Mißbrauch fremder Aktien, Fälschungszweck § 318 [1]ff.
Mitberechtigt s. Miteigentum, mehrere; an Aktien § 225.
Mitbesitz, Einräumung zwecks Pfandbestellung § 368 [10].
Mitbieten des Pfandgläubigers und Eigentümers § 368 [56]; beim Selbsthilfeverkauf § 373 Abs. 4; s. Abhalten.
Mitbürge s. Bürgschaft.
Miteigentum an Aktie § 225 [1]ff.
Mitgift, Stellung in Bilanz § 40 [7].
Mithaft s. Solidar.
Mittagspause, Handlungsgehilfen § 59 [28].
Mitte des Monats Exk. zu § 359 [33].
Mitteilungspflicht s. Anzeige, Auskunft.
Mittlerer Art und Güte § 360 [1]ff., [6]ff.
Mitverschulden s. konkurrierendes.
Möbelleihvertrag Exk. zu § 382 [92].
Möglichkeit nach M. § 346 [17].
Monatsfristen Exk. zu § 359 [25]ff.
Montierung, Übersendungskauf? § 379 [4].
Moratorium s. Akkord.
Mühlenfabrikate, Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [41]ff.
Müllabfuhrgeschäft § 425 [3].
Multiplex, Rabattsystem, kein Kauf Exk. vor § 373 [55].
Mündel, Kaufmann? § 1 [18]; s. Minderjährig.
Mündlich s. Form, Anweisung.
Münze, Währung § 361 [1]ff., [5]ff.
Münzfuß, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [66].
Muster, Arglist des Verkäufers § 377 [149]; s. Makler, Probe, Kauf II, 5.
Musterſendung unbestellt § 377 [201].

N.

Nachbeorderung, Recht nach Mängelrüge? § 377 [54].
„Nach Besicht" § 360 [5].
Nachbesserung s. Kauf II, V.
Nachbezugsrecht, Vorzugsaktie § 185 [7]; s. Bezugsrecht, Dividende.
Nachbürge § 349 [48].
Nachfolgerzusätze, Firma § 18 [13], § 22 [11]ff.
Nachfrist, Konkurs, schwebender Kaufvertrag Exk. zu § 382 [78]; s. Frist, Nachfristsetzung.
Nachfristsetzung bei Fixgeschäften? Exk. zu § 376 [19]; bei Börsenterminegeschäften? Exk. zu § 376 [8]; für Nachbeorderung mangelfreier Ware § 377 [94]; zur Einzahlung für Aktionäre § 219; s. Handlungsreisender, Nachfrist, Kauf.
Nachgründung § 207ff.; s. AktGes. D VIII, Kommanditges. auf Akt. § 324.
Nach Kräften, Fälligkeit Exk. zu § 359 [2].
Nachlaß, Provision des Agenten § 88 [7]; s. Erbschaft.
Nachlaßakkord Exk. zu § 350 [9].
Nachlaßforderungen § 27 [30].
Nachlaßgericht, Sicherungsmaßregeln bei Geschäftserbschaft § 27 [19].
Nachlaßpfleger, Fixgeschäft, Verzug bei Tod des Verpflichteten § 376 [37].
Nachlieferung, Recht nach Mängelrüge? § 377 [54]; s. Kauf V [3].
Nachmann s. Zwischenspediteur, Frachtführer.
Nach Möglichkeit, Fälligkeit Exk. zu § 359 [2].
Nachnahme, Zusendung gegen N., Prüfung, Annahmepflicht? Exk. zu § 372 [46]; durch Spediteur 408 [18]; N. auf Frachtgüter §§ 426, 441, 445.
Nachorders, Provision § 88 [2].
auf **„Nachstehen"** Exk. zu § 382 [15].
Nachträglich s. Kreditkauf.
Nachtzeit, Leistung zur § 358 [2].
Nachweis s. Gründer, Rechenschaft.
Nachweismakler Exk. vor § 93 [6]; s. Makler.
Nachzahlung zu wenig erhobener Eisenbahnfracht § 470.

Digitized by Google

Nachzahlungsversprechen Exk. zu § 350 [9].
auf „Nachziehen“ Exk. zu § 382 [15].
Name des Geschäfts § 17 [6]; s. Ladenschild, Firma, Änderung.
Namenrecht, Schutz § 37 [12]; s. Firma E.
Namensaktie, Orderpapier § 363 E, [1] ff.; § 179 [2], § 222 [7]; Verpfändung § 368 [1] ff., [14] ff.; s. AktGes. C, Aktie, Übertragung, AktGes. C I.
Namensänderung ohne Firmenänderung § 21.
Namenslagerschein § 424 [7] ff.
Namensunterschrift s. Unterschrift, Faksimile.
Naturalleistungen, Aktionäre § 185 [7]; AktGes. § 212, s. AktGes. C II; Vergütung § 216.
Natürliche Beschaffenheit des Frachtguts § 459 Abs. 4.
Nebenabreden s. Urkunde.
Nebengeschäfte s. Handelsgeschäfte.
Nebengewerbe bei land- und forstwirtschaftl. Betrieben § 3 [1] ff.
Nebenintervenient, o. HGesellschafter als § 124 [15]; Aktionär als N. bei Anfechtungsklage § 271 [16].
Nebenleistungen, AktGes. § 212; Verzug von N. aus Kaufvertrag Exk. zu § 374 [160] ff.; s. o. HG.
Nebenrechte, Übergang auf zahlenden Bürgen § 349 [4 0] ff.; kein Übergang durch Indossament § 364 [4]; s. Wertpapier.
Nebensache, Mangelhaftigkeit § 377 [179] ff.
Nebenverpflichtung, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [16]; Wandelungsanspruch § 377 [71], [75]; s. Gerichtsstand.
negotiorum gestio; s. Notverkauf.
Nennbetrag, Aktienausgabe §§ 184, 195, 362, 278; s. Betrag.
Netto ab hier und dgl. Exk. zu § 359 [17]; Auslegungsregeln beim Kaufvertrag § 380 [1] ff.
Neuanmeldung s. Anmeldung, Handelsregister, Eintragung.
Neukure, Börsentermingeschäfte? Exk. zu § 376 [4].
Nichteigentümer s. gutgläubig.
Nichterfüllung s. Kauf VI.
Nichtgebrauch, Erlöschen einer Firma § 31 [3].
Nichtigkeit, ipso jure eines Generalversammlungsbeschlusses § 273 [20]; von Aktien durch Zusammenlegungsbeschluß? § 290 [11]; der Kommanditges. auf Aktien § 330 [27]; Wucher Exk. zu § 346 [23]; Anfechtung wegen Arglist des Verkäufers § 377 [165]; s. AktGes. sub H II; Heilung; von Bestimmungen über Eisenbahnverkehr § 471; s. unsittlich, Börsenterminsgeschäfte, Form, Aktie.
Nichtigkeitserklärung eines verkauften Patentes Exk. vor § 373 [7, 12] ff.
Nichtigkeitsklage, N. einer AktGes. § 309 [15].
Nichtkaufleute, Kontokorrentverhältnis § 355 [10]; s. einseitiger Handelskauf.
Niederlassung, Begriff, s. Zweigniederlassung, Verlegung § 31 [1]; s. Sitz, Wohnsitz, Firma.
Niederlegung der Geschäftsführungsbefugnis der o. HG. § 117 [7]; der Vertretungsbefugnis o. HG. § 127 [8]; Aufsichtsrat § 243 [9]; s. Lagerhaus, Hinterlegung.
Nießbrauch, Firma § 22 [15] ff., 25 [1] ff.; Belastung des Vermögens, Form § 350 [33]; s. Nutznießung, Ehemann.
Normalsätze bei Gewichtsverlust § 460.
Notar Hinterlegung von Aktien bei N. § 255 [3].
Notarielle Beurkundung § 350 [54]; Protokoll der Generalversammlung § 259; Übertragung der Namensaktie § 222; s. Form, Protokoll, Prüfung, gerichtlich.
Notierung, Preisfeststellung bei Börsentermingeschäften Exk. zu § 376 [42].
Notifikationen s. Veröffentlichung, Anzeige.
Notlage, Wucher Exk. zu § 346 [18].
Notverkauf, Voraussetzungen § 379 [18] ff.; Folgen unberechtigter Verfügung § 379 [19]; Formen § 379 [21]; Widerspruch des Verkäufers § 379 [22]; Mitbieten § 379 [24], für Rechnung des Verkäufers § 379 [24]; bei Platzgeschäften und einseitigen Handelskäufen § 379 [20]; unbestellter Ware § 379 [20]; teilbare Gegenstände § 379 [21]; des Spediteurs § 408 [9]; s. Selbsthilfeverkauf.
Notzurückbehaltungsrecht § 370.
Novation, s. Kontokorrent, Umwandlung, Saldo.
Nummernangabe des Kommissionärs § 384 [1].
Nummernverzeichnis, Spielgeschäfte trotz N.? Exk. zu § 376 [64]; s. Stückeverzeichnis.
Nürnberger Kommission E 1.
Nutznießung, elterliche § 1 [21]; ehemännliche (§ 936 BGB.) § 366 [36]; s. Nießbrauch, Wandelung.

O.

Oberkellner § 59 [17].
Obligationen, Vorzugso. § 185 [10]; Obl. an Bilanz § 40 [6] ff.; s. Emission, Forderung.
Obligatorische Verträge über unbewegliche Sachen § 350 [32] ff.
Obligo s. ohne.
Offenbarungseid des o. HGesellschafters bei Konkurs § 131 [12].

Offene Handelsgesellschaft.

I. Allgemeines: Errichtung, Begriff § 105 [1] ff.: societas leonina § 105 [4]; Gesellschaftsvertrag § 105 [5]; Maßgeblichkeit § 109 [1] ff.; Form § 105 [42]; keine juristische Person § 105 [7]; Eigentum zur gesamten Hand § 105 [8]; Armenrecht für o. HG.? § 105 [9]; Handelsgewerbebetrieb § 105 [11]; Geltung als o. HG. infolge Eintragung § 105 [15, 24]; gemeinschaftliche Firma § 105 [20] ff.; o. HG. nicht Mitglied einer anderen o. HG. § 105 [22]; unbeschränkte Haftung der Gesellschafter § 105 [23]; Qualifikation der Mitglieder (Ehefrauen, Minderjährige) § 105 [26]; Rechtsnatur des Gesellschaftsvermögens § 105 [27]; mehrere o. HG. durch dieselben Personen § 105 [39]; Übergang des Geschäfts eines Einzelkaufmanns auf mehrere Erben § 105 [44]; ausländische o. HG. § 105 [45]; Übergangsfragen § 105 [46]; Umwandlung der o. HG. durch Änderung der Personen § 105 [47] ff.; durch Änderung der Rechtsform § 105 [49] ff.; Firmenänderung § 105 [51]; Notwendigkeit der

Digitized by Google

Anmeldung und ihr Inhalt § 106; Sitzverlegung § 107; Neueintritt eines Gesellschafters § 107; Pflicht der Gesellschafter zur Anmeldung und Firmenzeichnung § 107; Form der Firmenzeichnung im Geschäftsverkehr § 108 [4]; Übertragbarkeit der Gesellschaftsrechte? § 109 [11]ff.; Pfändbarkeit § 109 [17]; Unterbeteiligung § 109 [21]; Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns § 28; Handelsbücher § 38 [3]; als Gründer § 182 [7]; st. Gesellschafter § 335 [5]; s. unten sub III, IV.

II. Rechtsverhältnis der Gesellschafter nach innen: Maßgeblichkeit des Gesellschaftsvertrages § 109 [1]ff.; Vertrag mit Minderjährigen § 109 [3]; Abstimmungsregeln § 119 [1]ff.; Gewinn- und Verlust-Beteiligung, gesetzliche Regelung, Berechnung § 120 [1]ff., [7]ff., §§ 121ff.; rechtliche Natur der Kapitalkonten, des Aktiv- und Passivsaldos § 120 [7]ff.: Verzinsung § 121 [1]ff.; Rechte: Ersatzansprüche für Aufwendungen und Verluste § 110 [1]ff.; Zinsanspruch § 110 [5]; besondere Belohnung für Bemühungen § 110 [6]; Vorschuß? § 110 [7]; Kontrollrechte § 118 [1]ff.; Entnahmebefugnis § 122 [1]ff.; Schadensersatzklage gegen Mitgesellschafter § 133 [12]; Pflichten: Anmeldepflicht §§ 106ff., 143; Folgen von Pflichtverletzungen § 111 [1]ff.; insbes. der Einlagepflicht § 111 [1]ff.; Schadensersatz § 111 [12]ff.; Konkurrenzverbot § 112 [1]ff., § 113; heimliche Provision § 113 [4]; Verlusteinzahlung § 122 [15]; Pflichtverletzung, Auflösungsgrund § 133 [2]ff.; s. unten, Auflösung V; insbes. Geschäftsführung §§ 114ff.; Unterschied von Vertretung § 114 [1]; Pflicht zur G. § 114 [2]ff.; Rechte und Pflichten des Geschäftsführers § 114 [6]; Rechenschaftspflicht § 114 [8]ff.; Maß der Sorgfalt, Folgen der Verletzung § 114 [12]ff.; Inhalt der Geschäftsführungsbefugnis § 115 [1]ff., § 116; Gesamt-G. § 115 [1]ff.; Widerspruchsrecht § 115 [3]ff.; richterliches Eingreifen § 115 [9], § 117; gewöhnliche und ungewöhnliche Geschäfte § 116 [1]ff.; Prokura, Erteilung und Widerruf § 116 [6]ff.; desgl. von Handlungsvollmachten § 116 [11]; Entziehung der G. § 117 [1]ff.; Niederlegung der G. § 117 [7]; Kontrollrechte der Mitgesellschafter § 118 [1]ff.; Buchführung § 118 [7]; s. unten Liquidation V—VII.

III. Rechtsverhältnis nach außen: Zeitpunkt der Wirksamkeit nach außen § 123 [1]; Geschäftsbeginn, Eintragung § 123 [1]ff., 123 [13]ff.; ohne Gewerbebetrieb § 123 [6]; giltiger Gesellschaftsvertrag § 123 [11]; Minderhandelsgewerbe § 123 [6]; Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters § 123 [11]; böser Glaube des Dritten § 123 [7], [10]; Anfechtung des Vertrages seitens eines Gesellschafters wegen Betrugs, Irrtums § 123 [12]; Erben, Geschäftsbeginn § 123 [15]; Abrede über späteren Zeitpunkt der Wirksamkeit ungiltig § 123 [18]; juristische Selbständigkeit der o. HG. § 124 [1]ff.; keine juristische Person § 124 [1]; Rechtsfähigkeit § 124 [2]ff.; nicht deliktsfähig § 124 [1]; testamenti factio passiva § 124 [3]; Wettbewerb, Beleidigung, Urheberrechte § 124 [3]; Eigentum und dingliche Rechte an Grundstücken unter Firma § 124 [4]; Stellung im Prozesse § 124 [5]ff.; gesetzliche Vertretung § 124 [9]; Zustellungen, Ladungen § 124 [10]; Eidesleistung § 124 [12]; Gesellschafter kein Zeuge § 124 [13]; dagegen Nebenintervenient § 124 [14]; als Intervenient § 124 [15]; widersprechende Prozeßerklärungen § 124 [16]; Gerichtsstand § 124 [17]; Auflösung während schwebenden Prozesses, Folgen § 124 [18]ff.; Zwangsvollstreckung, gegen § 124 [22]ff.; Rechtskraft der Gesellschaftsschuld § 124 [25]ff.; actio judicati, exceptio rei judicatae ebd.; keine Haftung für persönliche Schulden der Gesellschafter § 124 [28]ff.; Aufrechnungsrecht bei der o. HG. § 124 [33]ff.; Entlassung eines Handlungsgehilfen § 125 [12]; Firmenzeichnung § 108 [4]; Gemeinschaft mit Prokuristen § 125 [14]ff.; Eintragung der Beschränkungen und Bekanntmachung § 125 [24]ff.; im Grundbuchverkehr § 125 [28].

Stellung der einzelnen Gesellschafter nach außen: Vertretungsbefugnis § 125 [1]ff.; vertraglicher Ausschluß von Vertretungsbefugnis § 125 [2]ff.; vereinzelte Ermächtigung des Ausgeschlossenen § 125 [4]; Gesamtvertretung (Kollektivvertretung) § 125 [6]; Ausübung derselben § 125 [7]ff.; nachträgliche Zustimmung § 125 [11]; Umfang der Vertretungsmacht § 126 [1]ff.; bei gerichtlichen Handlungen § 126 [5]ff.; Haftung der Gesellschaft für Delikte, außerkontraktlichen Schaden § 126 [4]; Erteilung und Widerruf der Prokura § 126 [10]; Beschränkungen der Vertretungsbefugnis prinzipiell wirkungslos § 126 [11]; zulässige Beschränkungen § 126 [12]ff.; Kollusion § 126 [15]; Wirkung der Vertretung § 126 [16]; konkludentes Handeln § 126 [17]; Wechselunterschrift § 126 [17]; Entziehung der Vertretungsbefugnis § 127 [1]ff.; Niederlegung § 127 [8].

Haftung der Gesellschafter, persönlich, solidarisch § 105 [23]ff., § 128 [1]ff.; Verhältnis der Solidarhaft zur Gesellschaftsschuld § 128 [5]; insbes. bei Konkurs, Liquidation § 128 [5]; Gesamtschuldner § 128 [7]ff.; Erlaß gegenüber einem Gesamtschuldner § 128 [9]ff.; Erfüllungsort für die Solidarhaft § 128 [14]; Gegenstand der Solidarhaft § 128 [16]; entgegenstehende Vereinbarungen ungiltig § 128 [16]ff.; Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters § 128 [18], § 129 [14]ff.; Regreß der Gesellschafter gegeneinander § 128 [19]; Pseudogesellschafter § 128 [20]; Gesellschafter gleichzeitig als Gläubiger und Schuldner § 128 [21]ff.; Klage der Gesellschaft gegen einzelne Gesellschafter § 128 [25]; Einfluß des Konkurses auf die Solidarhaft § 128 [28]; insbes. Zwangsvergleich ebd.; Ausdehnung der Klage gegen die Gesellschaft auf die Gesellschafter § 129 [2]; Einwendungen des solidarisch haftenden Gesellschafters § 129 [5]ff.; insbes. bei Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht der Gesellschaft § 129 [8]ff.; Zwangsvollstreckung § 129 [12], § 124 [24]; Haftung des neu eintretenden Gesellschafters § 130 [2]; Fortführung

Digitized by Google

Offene Handelsgesellschaft.
des Namens eines Ausgeschiedenen in Firma § 123 [14].

IV. Gesellschaftsvermögen: Rechtsnatur § 105 [27]ff.; Eigentum zur gesamten Hand ebd.; Grundbuch § 105 [28]; Illation von Grundstücken § 105 [31]; Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf einen Gesellschafter § 105 [32]; Selbständigkeit des Geschäftsvermögens § 105 [37]; Unterschlagung durch Gesellschafter § 105 [37]; Kapitalkonto, Aktiv-, Passivsaldo § 120 [7]ff.; keine Haftung für persönliche Schulden der Gesellschafter § 124 [28]ff.; s. oben sub II und III.

V. Auflösung: Begriff § 131 [1]ff.; Folgen für schwebende Prozesse § 124 [18]; Identität der liquidierenden Gesellschaft § 131 [4]; gesetzliche Gründe der Auflösung § 131 [5]ff.; Ablauf des Gesellschaftsvertrages § 131 [5]; Beschluß der Gesellschafter über A. § 131 [6]ff.; Konkurs der Gesellschaft § 131 [3]ff., § 137 Abs. 2; Stellung der Gesellschafter im K. § 131 [12]ff.; Aufrechnungsrecht § 131 [14]; Tod eines Gesellschafters § 131 [17], §§ 137ff.; Konkurs eines o. HGesellschafters § 131 [18]; Kündigung § 131 [20], § 132 [1]ff., § 134 [1]ff., § 135; Kündigungsausschluß unzulässig § 132 [3]; Form der K. § 132 [5]ff.; Beweislast für Vertragsdauer § 132 [12]; vorzeitige gerichtliche Auflösung aus wichtigen Gründen § 133 E, § 133 [1]ff.; Unterschied von allgemeiner Anfechtung § 133 E; prozessuale Geltendmachung der Auflösungsgründe § 133 [5]ff.; Streitwert § 133 [8]; konstitutives Urteil § 133 [9]ff.; einstweilige Verfügungen § 133 [10]; vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils? § 133 [11]; Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Verpflichtungen § 133 [17]; Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks § 133 [18]; Nichtigkeit entgegenstehender Abreden § 133 [21]; Beispiele wichtiger Gründe § 133 [16], [20]; gesetzliche Vermutung für unbestimmte Dauer des Vertrages (auf Lebenszeit, stillschweigende Fortsetzung nach Zeitablauf) § 134 [1]; Aufkündigungsrecht des Privatgläubigers eines Gesellschafters § 135 [1]ff.; Voraussetzungen § 135 [3]ff.; Folgen dieser Aufkündigung § 135 [6]ff.; Geschäftsführungsbefugnis des die A. nicht kennenden Gesellschafters § 136; Pflichten der Erben bei Tod eines Gesellschafters, Einfluß auf Geschäftsführung § 137 [1]ff.; Vertragebestimmungen zur Vermeidung der Auflösung bei Tod, Konkurs, Kündigung eines Gesellschafters § 138 [1]ff.; s. Liquidation; Gesellschaftsfortsetzung bei Vorhandensein von Auflösungsgründen § 138 [4]ff.; Übernahme der Firma und Aktiva § 138 [6]; Anmeldung der Auflösung § 143; Folgen der Eintragung, bezw. Nichteintragung § 143 [5]ff.; Fortsetzung der Gesellschaft bei Konkursverfahren § 144; Eintragung ebd.; s. unten VI, VII.

VI. Austritt und Ausschluß von Sozien. Auseinandersetzung: Ausschluß zur Vermeidung der Auflösung §§ 140, 138; Verbleiben des Erben als Kommanditist § 139 [1]ff.; Auseinandersetzung mit Erben eines o. HGesellschafters § 139 [19]ff.; Auflösung der Gesellschaft während der Überlegungsfrist § 139 [21]; rechtlicher Zustand während der Schwebezeit § 139 [23]; vertragliche Ausschließungsgründe § 140 [4]ff.; Beispiele von Ausschließungsgründen § 140 [5]; konstitutive Wirkung des Urteils § 140 [6]; einstweilige Verfügung § 140 [7]; Wirkung der Ausschließung § 140 [8]; Fortsetzungsbeschluß im Falle Aufkündigung eines Privatgläubigers § 141 [1]ff.; desgl. bei Konkurs eines Gesellschafters § 141 [4]; Übergang des Firmenrechts auf die verbleibenden Gesellschafter § 141 [5]; Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden Exk. zu § 141 [1]ff.; Rechte der verbleibenden Gesellschafter, Grundstück, Firma Exk. zu § 141 [2]ff.; Rechte des ausscheidenden Gesellschafters Exk. zu § 141 [4]ff.; Befreiung von Verbindlichkeiten Exk. zu 141 [4]ff.; Abfindung in Geld Exk. zu § 141 [5]; Auseinandersetzungsbilanz Exk. zu § 141 [5]; rechtlicher Charakter des Abfindungsguthabens Exk. zu § 141 [7]; Anfechtung des A.-Guthabens Exk. zu § 141 [8]; Zeit der Auszahlung Exk. zu § 141 [9]; Recht des Ausscheidenden auf Kaution ebd.; Gesellschaftsschulden, Übergang auf verbleibende G. Exk. zu § 141 [10]; Passivsaldo des Ausscheidenden Exk. zu § 141 [11]; Regreßrechte des Ausscheidenden Exk. zu § 141 [12]; Konkurs der verbleibenden Gesellschafter ebd.; Passivsaldo der Gesellschaft z. Zt. des Ausscheidens Exk. zu § 141 [13]; schwebende Geschäfte Exk. zu § 141 [21]ff.; Rechenschaftspflicht der Verbleibenden, Abwicklungsgeschäfte Exk. zu § 141 [21]ff.; Prolongationswechsel Exk. zu 141 [23]; Stempelfrage Exk. zu § 141 [33]; Ausschließung und Auseinandersetzung bei Vorhandensein nur zweier Sozien § 142; insbes. bei Konkurs oder Vollstreckung gegen den einen § 142 [5]; Anmeldung des Ausscheidens § 143; Folgen der Eintragung und Bekanntmachung, desgl. der Nichteintragung § 143 [5]ff.; s. unten VII.

VII. Liquidation. Allgemeines: Inhalt und juristisches Wesen der L. § 145 [1]ff.; Liquidationsgesellschaft, Abwicklungsgesellschaft § 145 [3]ff.; Fortfallen der Rechtssätze § 145 [4]; Konkurrenzverbot fällt fort § 145 [4]; L. regelmäßige Form der Auflösung § 145 [5]; keine L. bei Konkurs § 145 [6]; vertragliche Ausschließung der L. § 145 [6]ff., § 145 [8]ff.; Grundstücksauflassung? § 145 [9]; Anfechtung des Auseinandersetzungsvertrages § 145 [10]; Stempelfragen § 145 [9], [11]; minderjährige Gesellschafter § 145 [15]; Zustimmung des Konkursverwalters, des kündigenden Gläubigers § 145 [16]ff.; Anwendbarkeit der Rechtsnormen für o. HG. auf die Liquidationsgesellschaft § 156 [1]ff.; Kaufmannseigenschaft? § 156 [3]; Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander § 156 [4]ff.; desgl. zu dritten Personen § 156 [17]ff.; Verjährungsbeginn § 156 [24]; Folgen der L. auf schwebende Prozesse § 124 [18]ff.; Zurückverwandlung in o. HG. § 131 [2]ff.; L. als Folge der Aufkündigung eines Privatgläubigers § 135 [6]ff.; s. oben Auflösung V, VI.

Digitized by Google

Liquidatoren: Berufung § 146 [1]ff.; durch Beschluß ebd.; Pflicht zur Übernahme? § 146 [2]; B. durch Gesetz § 146 [3]ff.; Präsentationspflicht der Erben § 146 [4]; richterliche Ernennung § 146 [6]ff.; Antragsrecht der Beteiligten § 146 [7]; Eintragung § 146 [13]; Beginn des L.-Amtes § 146 [12]; Abberufung § 147 [1]ff.; Anmeldung, Eintragung § 148; desgl. von Veränderungen § 148 [2]; Namenszeichnung bei Gericht § 148 [3]; Bedeutung der Eintragungen § 148 [6]. Aufgabe u. Rechtsstellung der Liquidatoren § 149 [1]ff.; kein Klagerecht gegen Gesellschafter § 149 [8]ff.; Eingehung neuer Geschäfte § 149 [16]ff.; Umfang, Gegenstand der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis § 149 [20]ff., §§ 150, 151; Vergleiche, Schiedsverträge § 149 [26]; Konkursantrag § 149 [27]; Dienstverhältnisse § 149 [32]ff.; Haftung § 149 [32]ff.; Vergütung § 149 [38]; Stellung zu Gesellschaftsgläubigern § 149 [13]; Verkauf in Bausch und Bogen § 149 [31]; Kontrahieren mit sich selbst § 149 [24]; vorzeitige Amtsniederlegung § 149 [40]; keine Prokuraerteilung § 149 [29]; Sitzverlegung? § 149 [30]; Firmenveräußerung? § 149 [32]; Kollektiv . . . § 150; Ausschluß der Kollektivvertretung § 150 [3]ff.; Eintragung § 150 Abs. 1; Uneinigkeit der L. § 150 [7]; Unbeschränkbarkeit der gesetzlichen Vertretungsmacht § 151 [1]ff.; Erweiterung? § 151 [5]; Abhängigkeit von einstimmigen Gesellschafterbeschlüssen § 152; Schadensersatz bei Zuwiderhandlung § 152 [6]; Firmenzeichnung § 153; L.-Eröffnungsbilanz § 154 [1]ff.; Schlußbilanz § 154 [4]ff.; Jahresbilanzen? § 154 [7]; Rechnungslegung? § 154 [8]; Zinsen § 154 [4]; vorläufige Verteilung § 155 [1]ff.; Schlußverteilung § 155 [8]ff.; Streit der Gesellschafter § 155 [10]ff.; Herausgabe von Sachen § 155 [12]; Regreßrechte der Gesellschafter untereinander § 155 [15]; Erlöschen der Firma, Anmeldung § 157 [1]ff.; Aufbewahrung der Bücher und Papiere § 157 [8]ff.; Benutzung derselben § 157 [14]ff.; Rechtsverhältnisse nach innen und außen bei vertraglichem Ausschluß der Liquidation und nach „Vollbeendigung" der Gesellschaft § 158 [1]ff.

VIII. Klagenverjährung. Verjährung der Ansprüche dritter gegen Gesellschafter aus Solidarhaft § 159 [1]ff.; actio judicati § 159 [1]; Eigentumsklage § 159 [5]; Frist der V. § 159 [6]ff.; Beginn der V. § 159 [6]; Eintragung entscheidet § 159 [8]ff.; Ende der V.-Frist § 159 [11]; Wirkung, Hemmung, Ausschluß der V. § 159 [12]ff.; Unterbrechung gegenüber Gesellschaft § 160 [1]ff.; Anerkenntnis § 160 [3]; Abschlagszahlung durch Liquidator § 160 [5]; Übergangsfragen § 160 [8]; s. Verjährung.

Offene Mängel § 377 [30]ff., [149]; Rechnung, Unterschied von Kontokorrent Exk. zu § 357 [1]ff.; s. Kontokorrent, s. Kauf V; O. Depot Exk. zu § 424; s. Bankverwahrungsgeschäft.

Offenlegung der Verhältnisse der AktGes. § 314 [1]ff.

Offensichtlich, erhebliche Mängel § 378; s. Kauf V.

Öffentliche Kassen, Zahlung aus, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [65]; Anstalten, Kontrahieren mit § 346 [15]; dgl. Kontrahierungszwang Exk. zu § 346 [27]; Ö.-rechtliche Rechte und Pflichten, AktGes. § 210 [6]; rechtliche Vorschriften, Verletzung durch Generalversammlungsbeschlüsse § 273 [26]ff.; Bestellung zur Besorgung gewisser Geschäfte, Antragsablehnung § 362 [20]ff.; Subskriptionen von Aktien § 282 [6]; s. Emission, Bekanntmachung, Kaduzierung, Versteigerung, Beglaubigung.

Öffentlicher Glaube, Handelsregister Exk. zu § 8 [13], [18]; s. öffentlich.

Öffentliches Interesse, rückwirkende Kraft des HGB. E 13; ö. Recht, Bestimmungen über Befugnis zum Gewerbebetriebe § 7; s. öffentlich.

Öffentlichkeit des Handelsregisters § 9 [1]ff.; s. öffentlich.

Offerte, Handelsgeschäft § 343 [19], und Annahme Exk. zu § 361 [1]ff.; Bestimmtheit Exk. zu § 361 [10]ff.; Form Exk. zu § 361 [14]; Tod des Offerenten Exk. zu § 361 [79]ff.; Fehler in Exk. vor § 373 [23].

„Ohne Obligo", Auskunft Exk. zu § 349 [33]ff., § 361 [16]; ohne Präjudiz, Auskunft Exk. zu § 349 [33]ff.; o. Verbindlichkeit Exk. zu § 361 [16].

opinio necessitatis E 34.

Optionsrecht, Offerte Exk. zu § 361 [12].

Order s. Scheck, Orderpapiere.

Orderpapiere, Namensaktie § 222 [8]; kaufmännische § 363; Realisierung des Zurückbehaltungsrechts an § 371 [20]; Erfüllungsort Exk. zu § 372 [26]; Indossament, Wirkungen § 364 [1]ff.; Einreden gegen handelsrechtliche O. § 364 [5]ff.; Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis § 364 [9]ff.; kein Übergang von Nebenrechten durch J. § 364 [4]; Inkassomandat § 364 [16]; Sicherheitsübereignung § 364 [16]; Beweislast § 364 [17]; Zahlung gegen Aushändigung der Urkunde § 364 [18]; Form des J. § 365 [1]ff.; Legitimation des Besitzers, Prüfungspflicht § 365 [7]ff.; Aufgebot abhandengekommener oder vernichteter O. § 365 [13]; Prokuraindossament § 365 [15]; gutgläubiger Erwerb § 366 [4]ff.; handelsrechtliche O., gesetzliche Pfandrechte an O. § 366 [67]; Pfandbestellung § 368 [1]ff., [14]ff.; gutgläubiger Pfanderwerb § 368 [20]ff.; Befriedigung aus dem Pfande bei O. § 368 [78]ff.; s. Scheck.

Ordnungsstrafe des Registerrichters § 14 [1]ff.; Verfahren § 14 [8]ff.; wegen unbefugten Firmengebrauchs § 37 [1]ff.; Ordnungsstrafrecht gegen Liquidatoren einer AktGes.? § 297 [4], § 299 [18]ff., § 319; betr. AktGes. im allgem. § 319; gegen Komplementare der Kommanditges. auf Aktien § 325; s. Kommanditges. auf Aktien sub H, Handelsregister.

Organisationskosten in Bilanz AktGes. § 261 [40].

Ort der Generalversammlung § 256 [32]; des Pfandverkaufs § 368 [51]; der Erfüllung Exk. zu § 372 [1]ff.; des Selbsthilfeverkaufs § 373 [41]; der Untersuchung, Mängelrüge § 377 [20]; Übersendungskauf § 379 [10]; Vorlegung der

Digitized by Google

Handelsbücher § 46 [4]; mehrere zusammenhängende Ortschaften, Postbezirk § 379 [10]; s. Handelsgeschäfte IV b, Abnahme, Gemeinde, Kaufmann, Sitz, Niederlassung, Zweigniederlassung, Firma, Erfüllungsort.
Örtliches Anwendungsgebiet des HGB. E 6.
Ortsgebrauch §§ 59, 77, 94, 96, 99, 396, 428; s. Verkehrssitte.

P.

Pacht, Firma, Geschäftsübergang § 22 [15]ff., § 25; Form des P.-Vertrages § 350 [30]; Milchpacht § 1 [37].
Packhof § 416 [7].
Pacotillevertrag § 383 [42].
pactum, de contrahendo Exk. zu § 361 [87]; reservati domini Exk. zu § 382 [63]; s. obligatorisch.
Paginierung s. Handelsbücher.
„Papier", Bedeutung Exk. vor § 373 [29].
Papiere nach Liquidation der AktGes. § 302 [7]ff.; s. Bücher, Aufbewahren.
Papiergeld § 361 [5]ff.
Parlamentarische Regeln, Generalversammlung § 256 [14]; Anfechtung wegen Verletzung § 256 [30]ff.
Parteifähigkeit o. HG. § 124 [7]; AktGes. § 210 [8].
Passagiergut s. Handgepäck, Reisegepäck.
Passiva in Bilanz § 40 [7]; Geschäftsveräußerung §§ 22, 25; s. Firma, Bilanz.
Passivlegitimation aktienrechtliche Anfechtungsklage, Generalversammlungsbeschluß § 272 [1]ff.
Passivsaldo, Auseinandersetzung s. o. HG. VI.
Patent in Bilanz der AktGes. § 261 [32]ff.; Gegenstand des Handelsverkehrs § 93 [4].
Patentanwälte als Handelsmakler § 93 [4].
Patentkauf, Mängel Exk. vor § 373 [5]ff.; Nichtigkeit des Patentes Exk. vor § 373 [7].
Patentlizenzverkauf Exk. vor § 373 [9].
Paulianisches Anfechtungsrecht, kein Erlöschen nach § 936 BGB. § 366 [43]; s. actio.
Pauschalgebühr, Verteilung an Bilanz § 261 [33].
Pension des Vorstandes § 231 [24].
Personalstatut s. internationales.
Personentransport, Handelsgeschäft § 1 [71]; der Eisenbahn §§ 472 ff., rechtliche Natur des PVertrages § 472 [3,9]; Gepäck § 472 [4]; Vertragszwang, Eisenbahn § 472 [8]ff., Platzkarten § 472 [12]; Fahrschein § 472 [16]; Haftpflicht § 472 [11,19]; Verjährung § 472 [20]; Kleinbahn § 473; s. Reisegepäck; internationale Schlafwagengesellschaft § 472 [10].
Persönlich haftender Gesellschafter s. offene Handelsges., Kommanditges.
Persönliche Bemerkungen, Generalversammlung § 256 [21].
Pfand, Fortbestand nach Saldofeststellung § 356 [1]ff.; gutgläubiger Erwerb § 366 [1]ff.; betr. Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [13]; betr. Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [66]; s. Verpfändung, Pfandbestellung, Pfandrecht usw., Pfandverkauf, Dispositionspapier, Depot.
Pfändbarkeit, Anspruch des Handlungsgehilfen § 59 [47]; Agentenanspruchs § 88 [22]; Vorstandsgehalt § 231 [37]; (?) keine Pf. der Posten im Kontokorrent § 355 [7, 17], § 357 [1]; s. Pfand, Pfändung, Lohnbeschlagnahme, Aktie, Verpfändung, Zwangsvollstreckung.
Pfandbestellung, Form § 368 [6]ff., Erfüllungsort Exk. zu § 372 [10]; Pfand . . . s. Pfandrecht, Verpfändung, guter Glaube.
Pfanderwerb an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren, gutgläubiger § 366 [54]ff., s. Pfand.
Pfandindossament § 368 [15].
Pfandleihanstalt, Eigentumserwerb v. § 366 [54]ff.
Pfandleihgewerbe, Handelsgeschäft § 1 [69].
Pfandnahme eigener Aktien § 226 [1]ff.
Pfandrecht: Gegenstand § 368 [1]ff., Forderungen, künftige Sachen, Warenlager usw. § 368 [1]ff.; unpfändbarer Gegenstände § 368 [5,11]ff.; irreguläres Pfandrecht § 368 [87]; gesetzliche Pfandrechte § 368 [88]ff.; Sicherungsübereignung § 368 [94]ff.
Form und Voraussetzung der Bestellung § 368 [6]ff.; constitutum possessorium § 368 [9]; Mitbesitz § 368 [10]; an Inhaberpapieren § 368 [1]ff., [13]ff.; an Orderpapieren (Wechsel, Namensaktie usw.) § 368 [14]ff.; Indossierung § 368 [15]; Übergabe von Dispositionspapieren § 368 [19, 25]ff.
Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbers § 368 [24]ff.; s. unten Pfandverkauf.
Wirkungen des Pfanderwerbes § 368 [32]ff.; Einreden des Verpfänders § 368 [33]ff.; Verjährung ebd.; drohender Verderb, Wertsminderung § 368 [34]ff.; anderweite Sicherheit § 368 [34]; unbefugter Gebrauch § 368 [34]; keine Versicherungspflicht § 368 [34]; Pfandverwertung, Recht, keine Pflicht des Gläubigers § 368 [34,40]; s. Pfandverkauf; ungeteilte Haftung für ganze Schuld § 368 [36]; Mitverpfändung der Erzeugnisse, Zinsen, Dividenden, Zubehör § 368 [37]; Erlöschen des Pfandrechts § 368 [38]; s. unten Pfandverkauf; — Befriedigung aus Inhaberpapieren § 368 [72]; aus Orderpapieren § 368 [73]ff.; aus Dispositionspapieren § 368 [76]ff.; Verhältnis des Pfandgläubigers zu andern Gläubigern und im Konkurs, Rangordnung § 368 [78]ff.; Aufgeben des Gläubigers, Bürgschaft § 349 [33]; Übergang auf zahlenden Bürgen § 349 [40]ff.; kein Übergang durch Indossament § 364 [4]; Erlöschen durch Veräußerung bona fide § 366 [82]ff.; des Vermieters, Erlöschen durch gutgläubigen Erwerb des Käufers § 366 [88]; Erwerb gutgläubiger an gesetzlichen Pfandrechten § 366 [60]ff.; s. Bankverwahrungsgeschäft, Lagergeschäft, Pfand . . ., Pfandverkauf, Orderpapier, Dispositionspapier, gesetzliche.
Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens o. HGesellschafters § 135 [4]ff.; Aktien, Naturalleistung § 212 [16]; der Rechte eines Kontokorrentkontrahenten § 357 [1]ff.; s. Ehefrau;

Digitized by Google

Pfand . . ., des Anteilrechts des Einlagerers § 419 [8].

Pfändungspfandrecht, gutgläubiger Erwerb § 366 [68]; Rangordnung § 368 [79]; bei Eigentumsvorbehalt Exk. zu § 382 [66].

Pfandverkauf bei beweglichen Sachen § 368 [40, 41]ff.; bei drohendem Verderbe § 368 [34]; Verzicht auf Verkaufsrecht? § 368 [43]; Voraussetzungen des Verkaufsrechts § 368 [44]ff.; insbes. Androhung, Wartefrist § 368 [45]ff.; öffentliche Versteigerung § 368 [48]ff.; Recht des Schuldners auf Befriedigung aus Pfand § 368 [49]; Ort der Versteigerung § 368 [51]; öffentliche Bekanntmachung § 368 [53]; Modalitäten des Verkaufs § 368 [55]ff.; Folgen der rechtmäßigen und nichtrechtmäßigen Veräußerung für den Erwerber § 368 [59]ff., [66]ff.; Gutgläubigkeit § 368 [67]ff.; Befriedigung aus Inhaberpapieren § 368 [72]; desgl. aus Orderpapieren § 368 [73]ff.; desgl. aus Dispositionspapieren § 368 [76]ff.; freihändiger Verkauf im Konkurs § 368 [82]; beneficium excussionis realis § 368 [86]; s. gesetzliche Pfandrechte.

Pferdebahn, Eisenbahn § 453 [6].

Pferderennen, Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [65].

Pflichten, Aktionär, s. AktGes. C II.

Pflichtteilsberechtigter, Erbe eines o. HGesellschafters § 139 [4].

Pflichtverletzung s. Sorgfalt, Schadensersatz.

Phantasienamen, Firmenzusatz § 18 [12]ff.

pignus irregulare § 368 [87]; gutgläubiger Erwerb § 366 [10].

Platzagent, Zahlungsannahme? § 86 [1]ff.; Stundung, Mängelanzeige § 86 [3]ff.

Platzgeschäft, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [18]; Zahlung, Untersuchung Exk. zu § 372 [47]; Notverkauf, Aufbewahrung § 379 [28]; Gefahrübergang Exk. zu § 382 [45]; s. Kauf.

Platzkarten § 472 [12].

Police s. Versicherung.

Polizei, Fürsorgepflichten des Prinzipals § 62.

Polizeiliche Vorschriften, rückwirkende Kraft E 14.

Porto des Agenten § 90; Portoabzüge Exk. zu § 374 [11]; s. Spesen, Ersatz, Auslagen.

Positive Vertragsverletzung Exk. zu § 374 [172]ff., § 377 [100]ff.; Begriff Exk. zu § 374 [173]; Gefährdung des Vertragszwecks Exk. zu § 374 [173]; einmalige Vertragsverletzung Exk. zu § 374 [175, 180]; Weigerung der Vertragserfüllung Exk. zu § 374 [176]; insbes. bei Sukzessivlieferungsverträgen Exk. zu § 374 [178]ff.; bei Kaufvertrag Exk. zu § 374 [86]; unterlassene Spezifikation als positive Vertragsverletzung § 375 [13].

Postanstalten keine Kaufmannsqualität § 452; Legitimation gegenüber P. § 452 [3]ff.

Postanweisung, rechtliche Natur § 452 [2]ff.

Postbezirk, Übersendungskauf § 379 [10].

Postmarke, unechtes Inhaberpapier Exk. zu § 365 [9].

Postschließfach § 452 [3]ff.

Postvollmacht eines Gesamtprokuristen § 48 [18]; Vorstand § 232 [8]; Zeitpunkt der Briefübergabe Exk. zu § 361 [6]; s. Legitimation.

„Postwendende Antwort" Exk. zu § 361 [49].

Prämie, Reugeld Exk. zu § 348 [6]ff.; s. Versicherung.

Prämiengeschäfte als Börsentermingeschäfte Exk. zum § 376 [3].

Prämienreservefonds § 239 [9].

Präsenzliste, Generalvers. AktGes. § 258.

Präsumptio juris, Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe § 344 [5]; Gegenbeweis § 344 [3]ff.; s. Vermutung, Beweislast.

Präsumtion, Verkäuflichkeit Exk. zu § 374 [29].

Präventivakkord Exk. zu § 350 [1]ff.

Präventivkonkurs Exk. zu § 350 [10]ff.

Preis, Bestimmbarkeit Exk. vor § 373 [21]ff., [28]ff., [35]ff.; Beweislast für Vereinbarung, Angemessenheit usw. Exk. vor § 373 [85]; Rüge der Faktura § 377 [10]; P.Bestimmung des Kommittenten § 386; s. Bilanz.

Preisfeststellung betr. Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [49].

Preisliste, keine Offerte Exk. zu § 361 [13]; Bedeutung der Vermerke als Vertragsinhalt Exk. zu § 372 [37]; Erfüllungsort, Übersendungsort Exk. zu § 372 [60]ff.

Preismedaillen, s. Medaillen.

Presse, Einwirkungen auf Kurs, Ankaufsverleitung Exk. zu § 318 [12].

Preßdelikte, im Aktienrecht Exk. zu § 318 [12]ff.

Primaqualität, Bedeutung, Mängel § 377 [41].

Prinzipal s. Handlungsgehilfe, Lehrling, Fürsorge.

Prioritätsaktien, Genußscheine § 179 [26]; s. Vorzugsaktien.

Prioritätsobligation, kaufmännischer Verpflichtungsschein § 363 [22]a.

Privatbeamte s. Beamte.

Privatforderungen s. o. HG.

Privatklage seitens Firma § 17 [24].

Privatrecht s. international.

Privatzwecke, Handelsgeschäfte § 343 [16].

Probe, Engagement auf § 66 [4], 67; Kauf auf, nach, zur P. Exk. zu § 382 [1]ff.; Entnahme einer P. des Lagergutes § 418; s. Makler, Kauf II.

Probezeit, Lehrling § 77 [1]ff.

Produktionsmittel, Veräußerungsgeschäfte § 1 [43].

Prokura §§ 48ff.; Gesamtprokura § 48 [9]ff.; Begriff der P. § 48 [2]; Fähigkeit zur P. § 48 [4]; Fähigkeit zur Erteilung § 48 [4]; keine Erteilung während Liquidation § 48 [4]; Form der Erteilung § 48 [5]ff.; Eintragung nicht erforderlich § 48 [6]; urkundlicher Nachweis auf Verlangen des Gegners § 48 [7]; Handlungsvollmacht des P. § 48 [14]ff.; Umfang der in P. enthaltenen Vollmacht § 49 [1]ff.; (Darlehn, Wechsel, Hypotheken) ebd.; keine Veräußerung und Belastung von Grundstücken § 49 [1, 2]; Unbeschränkbarkeit § 50 [1]ff.; Kollusion § 50 [2]; P. für Zweigniederlassung § 50 [3]; Vertretungsrecht gemeinsam mit Vorstand oder Gesellschafter

Digitized by Google

§ 50 [5], § 125 [15]ff.; Zeichnung der P. § 51 [2]; Widerruflichkeit § 52 [1]ff.; P. nicht übertragbar § 52 [6]; Erlöschen § 52 [7]ff.; Konkurs, Geschäftseinstellung § 52 [12]ff.; Anmeldung der P. zum Handelsregister § 53 [1]ff.; desgl. des Erlöschens § 53 [3]; Zeichnung zum Handelsregister § 53 Abs. 2; Wirkungen der Stellvertretung Exk. zu § 53; Kontrahieren mit sich selbst Exk. zu § 53 [2]; Haftung des Prinzipals für Versehen und Arglist Exk. zu § 53 [3]; P. für AktGes. § 238 [1]ff., § 232 [17]ff.; P. bei Minderkaufleuten § 4 [24]; Erteilung und Widerruf bei o. HG. § 116 [6]ff., § 126 [10]; Bestellung für Kommanditges. § 164 [4]; keine bei AktGes. in Liquidation § 298 [11]; Bestellung für Aktien-Kommanditges. § 320 [84]; Prokurist kein Kaufmann § 1 [18]; als Gründer § 182 [11]; s. Handlungsvollmacht.

Prokuraindossament § 365 [15].

Prolongationsgeschäfte als Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [63].

Prolongationswechsel nach Ausscheiden eines o. HGesellschafters Exk. zu § 141 [23].

Prompt, kein Fixgeschäft § 376 [6].

Propregeschäft des Agenten, keine Provision § 88 [3]; s. Kommissionsgeschäft.

Prospekt, Haftung des Emissionshauses § 203 [1]ff., [11]ff.; Werbung von Aktienzeichnern § 189 [29], § 346 [14]ff.; Vertragsinhalt § 346 [13]ff.

Protest s. Stundung.

Protokoll über Beschlüsse der Generalversammlung § 259 [1]ff.; Beilagen zum Protokoll § 259 [7]; Einreichung zum Register § 259 [10].

Protokollierung, Anfechtungsklage § 271 [10].

Provision, heimliche § 59 [46]; P., heimliche, o. HGesellschafter § 113 [4]; des Handlungsagenten § 88; heimliche des Vorstandes, AktGes. § 231 [25]; Recht des Kaufmanns auf § 354 [1]ff.; Kontokorrentverhältnis § 355 [33]; des Verkäufers bei Selbsthilfeverkauf § 373 [54]; für Börsentermingeschäfte, kein Ersatz Exk. zu § 376 [13]; für Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [66]; beim Selbsthilfeverkauf § 379 [25]; Delkredere-kommission § 394 [6]; des Kommissionärs § 396, § 394; des Spediteurs § 409 [1]ff.; s. Kommissionsgeschäft, Zivilmakler, Handelsmakler, Tantieme, Schmiergelder, Handlungsagent, Vorstand, Aufsichtsrat.

Provisionsansprüche des Handlungsgehilfen § 65 [1]ff.; s. Provision.

Prozent s. Zinsen.

Prozeß, Zweigniederlassung § 13 [16]; o. HG. unter Firma § 124 [5]ff.; s. Zeuge, Parteifähigkeit, Handelsfrau, o. HG., Anfechtung, Klage, Regreß, Firma.

Prozeßbevollmächtigter, Verzichtserklärung § 377 [163].

Prozeßentscheidung, Maßgeblichkeit für den Registerrichter § 16.

Prozeßfähigkeit, Ehefrau E 15, AktGes. § 210 [8].

Prozeßfragen, aktienrechtliche Anfechtungsklage, Generalversammlungsbeschluß § 272 [1]ff.

Prozeßführung Handlungsbevollmächtigter § 54 [20]; s. Handelsgeschäft.

Prozeßgericht, Entscheidung über Eintragung und Nichteintragung § 16 [1]ff.

Prozeßkosten, Wandelung § 377 [71]; s. Kosten.

Prozeßvertreter bei Regreßklagen der AktGes. § 268 [5]ff.

Prozeßvollmacht s. Prozeßbevollmächtigter.

Prüfung der Gründung einer AktGes. §§ 192ff.; s. Kommanditges., Inhaberpapier, Aktienbuch, Kontrolle, Bilanz, Revision, Legitimation, Rüge; bei Kauf auf Probe Exk. zu § 382 [12]ff.

Prüfungsbericht s. AktGes. D V.

Prüfungsrecht des Registerrichters bei Eintragung der AktGes. § 198 [1]ff.

Prüfungspflicht, Legitimation aus handelsrechtlichem Orderpapier § 365 [7]ff.; s. Handelsregister, Eintragung.

Pseudogesellschafter, Haftung § 128 [20].

Pseudovertretung Exk. zu § 58 [39]ff.; Verhältnis der Kontrahenten Exk. zu § 58 [41]ff.; Rechtsfolgen für den Pseudovertreter Exk. zu § 58 [49]ff.; Wahlrechte des anderen Teils Exk. zu § 58 [58]ff.; s. falsus.

Publikation s. Veröffentlichung, Anzeige.

purgatio morae Exk. zu § 374 [99], [112].

Q.

Qualifikation s. Vorstand, Aufsichtsrat, Revisor.

Qualifizierte Gründung s. AktGes. D IV; Kapitalserhöhung § 279.

Qualität mittlerer Art und Güte § 360 [1]ff., [6]ff.; s. Kauf.

Qualitätsmängel, Rügepflicht s. Kauf V.

Quantitätsmängel als Qualitätsmängel § 377.

Quellen s. Rechtsquellen.

Quittung, Vollmacht des Überbringers Exk. zu § 58 [16]ff.; kein Schuldschein § 344 [11]; Quittungsbogen (Interimsschein) s. AktGes. C, Form.

R.

Rabatt, Auslegung § 346 [6]; s. Skonto, Zwischenzins.

Ramschposten, Rüge § 377 [6]; Mängel § 377 [101].

Rangordnung s. Konkurs, Zurückbehaltungsrecht III; Pfand.

Rasuren s. Handelsbücher.

Rat Exk. zu § 349 [1]ff.; Handelsgeschäft Exk. zu § 349 [2]ff.; Haftung ohne Vertragsverhältnis [6]ff., [35]; auf Grund eines Vertrages [9]ff., [34]; Zusammenhang mit anderen Verträgen, insbes. Kommissionär [12]ff.; mit Kreditauftrag [15]ff.; Einzelheiten der Schadensersatzpflicht [17]ff.; konkurrierendes Versehen [22]; Vorausklage [24]; Schadensersatzberechtigter [25]; insbes. der „Angefragte" [26]; berechtigte Interessen [27]; insbes. durch Angestellte [28]ff.; Verjährung [31]ff.; Ausschluß der Haftung [33]ff.; vertraulich [33]ff., [36]; Verschwiegenheit [36]; seitens Vorstandes einer AktGes. § 232 [31]ff.

Digitized by Google

Ratenweise s. Sukzessiv.
Ratihabition s. Genehmigung.
Realisierungsverkauf s. Kauf VI; s. Pfand.
Recepisse über Lagergeschäft § 424 [10].
Rechenfehler in Offerte Exk. vor § 373 [23].
Rechenschaftspflicht gegenüber ausgeschiedenen o. HGesellschafter Exk. zu § 141 [28]ff.; s. Kontrollrecht.
Rechnung s. offene, Kontokorrent.
Rechnungslegung der Liquidatoren o. HG. § 154 [8]; Anspruch des Zivilmaklers Exk. vor § 93 [41]; Vorstand einer AktGes. § 260 [18]ff., [24]; s. Gründer, Firma, Handlungsgehilfe.
Rechte, Erfüllungsort maßgebend Exk. zu § 372 [5]ff.; s. Forderungen, Aktiva, Dinglich.
Rechtsanwalt, kein Kaufmann § 1 [9].
Rechtsfähigkeit der AktGes. § 210; s. juristische Person.
Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns, Handelsgeschäft? § 344; Auslegung von R. § 346; s. Handelsgeschäfte.
Rechtsgültigkeit, unabhängig von öffentl.-rechtlichem Verbot des Gewerbebetriebes § 7 [1]ff.
Rechtshilfe, Registerakten § 9 [5].
Rechtsirrtum, Gutgläubigkeit § 366 [24]; s. Irrtum.
Rechtskraft, Klage gegen Vollstreckung aus einem rechtskräftigen, unsittlicherweise erwirkten Urteil Exk. zu § 346 [9], [25]; s. Verurteilung, Firma.
Rechtsmittel s. Kaduzierung.
Rechtsnachfolge, Nachweis vor dem Registerrichter § 12 [6]ff.; während Prozesses gegen Firma § 17 [31]ff., [37]ff.; s. Prozeß, Firma.
Rechtsquellen des Handelsrechts E 16 ff.
Rechtssitte E 34ff.; Auslegungen, Willenserklärungen § 346 [9]; s. Handelsgewohnheitsrecht.
Rechtzeitig abgesandte, verspätete Annahmeerklärung Exk. zu § 361 [51]ff.
Redlich s. guter Glaube, Indossament, Orderpapier, unentgeltlich, Inhaberpapier, Erwerb.
Refaktie, Auslegungsregeln beim Kaufvertrag § 380 [1]ff.
Referenzmuster § 377 [33].
Regelmäßiger Geschäftsbetrieb, Aktienerwerb § 226 [2].
Regeln s. Parlamentarisch.
Registereinwand Exk. zu § 376 [1]ff., [52]; s. Börsentermingeschäfte.
Registerrichter, Disziplinarbefugnisse Exk. zu § 8 [1]ff.; Prüfung der Generalversammlungsbeschlüsse § 273 [21]ff.; s. Firma E, Handelsregister, Eintragung, Prüfung, Ordnungsstrafen.
Regreß der o. HGesellschafter § 128 [19]; der o. HGesellschafter nach Liquidation § 155 [15]; des ausgeschiedenen o. HGesellschafters Exk. zu § 141 [18]; der haftenden Gründer § 203 [10], § 204 [10]; der Vorstandsmitglieder § 241 [30]; kein Erlaß von Aktionärverpflichtungen § 221; in Verfolg des Kündigungsverfahrens § 219 [7]ff., § 220; gegen Gesellschaftsorgane einer AktGes. § 268 [1]ff.; mehrere Mitbürgen § 349 [46]ff.; des Anweisungsempfängers gegen Anweisenden (Kaufmann)? § 363 [15]ff.; R. des Frachtführers §§ 432, 448 [2]; R. der Eisenbahnen § 469 [8]; s. Bürgschaft, Haftung.
Reich, Unternehmen des R. § 36; Rechnungsabschlüsse § 42; Übernahme des Gesamtvermögens einer AktGes. § 304; Gewährleistung für eine AktGes. § 180.
Reichsanzeiger, Veröffentlichung des Verlustes von Inhaberpapieren § 367; Veröffentlichung des Statuts einer AktGes. § 182; s. Veröffentlichung.
Reichsbank s. Scheck.
Reichsgewohnheitsrecht E 30.
Reichskassenscheine § 361 [5]ff., § 195 Abs. 3.
Reichswährung, Bilanz § 40.
Reihenfolge s. Rangordnung.
Reingewinn, Anspruch des Aktionärs auf R. § 213 [7]ff.; Amortisation aus nicht verfügbarem R. § 227 [12]ff.; aus Nebenverpflichtungen der Aktionäre § 218 [14]; der AktGes. während Liquidation § 293 [9]; Überweisungen, Reservefonds § 262; s. AktGes. C II, Tantiemen, Reservefonds, Dividende.
Reisegepäck, Haftung der Eisenbahn § 465ff., § 472 [1]ff.
Reisende, Mängelanzeige § 377 [27]ff.; s. Handlungsreisender.
Reisespesen § 59 [37].
Reklamationen, Faktura § 377 [32]; s. Mängel, Rüge, Kauf V, Eisenbahn.
Rektalagerscheine § 424 [7].
Religion des Handlungsgehilfen, s. dort.
Rennen, Wette Exk. zu § 376 [65].
Rentabilität, mangelnde R. einer o. HG. Auflösungsgrund § 133 [18].
Rentenscheine, redlicher Erwerb § 367 Abs. 3.
Reparatur, Recht auf R. nach Mängelrüge § 377 [54].
Reportgeschäft in eigenen Aktien § 226 [8].
Reservefonds § 262; s. Tantieme, AktGes. G II.
Reservekonto, AktGes. § 261 [15], [43]; s. AktGes. G II.
Restaurateur s. Gastwirt, Hotelier.
Retentionsrecht s. Zurückbehaltungsrecht.
Retouren, Provisionsanspruch § 88 [12].
Reugeld Exk. zu § 348 [1]ff.
Revisibilität, aktienrechtliche Anfechtungsklage, Generalversammlungsbeschluß § 272 [5]; Auslegung von Willenserklärung § 346 [12]; gute Sitte Exk. zu § 346 [4].
Revision im Liquidationsstadium der AktGes. § 299 [12]; qualifizierte Kapitalserhöhung § 279 [7]; Aufsichtsrat; s. Revisoren.
Revisoren bei Gründungsprüfung §§ 192 ff.; Entschädigung § 194 [2]; Gründungshaftung? § 204 [11]; Beschluß der Generalversammlung, Bilanzprüfung, Gründungs-Geschäftsprüfung § 266 [1]; s. Revision, Kommanditges. auf Aktien sub B, AktGes. sub D V.
Richter, Eingreifen in Geschäftsführung der o. HG. § 115 [9]ff., § 117; Aktionär als § 210 [8]; Kontrollrechte des Kommanditisten

Digitized by Google

§ 166 [6]; s. von Amts wegen, Prüfung, Liquidation, Protokoll, Pfandverkauf, Handelsregister, Ordnungsstrafen.

Richterliche Ermächtigung, außerordentliche Generalversammlung § 254 [16] ff.; Beschwerde § 254 [26].

Richterliches Ermäßigungsrecht der Vertragsstrafe § 348 [22].

Richtigkeit der Gründungsangaben § 202 [6]; s. AktGes. D VII.

Ring s. Syndikat.

Rollfuhrunternehmer § 432 [1]; Hilfsperson der Eisenbahn? § 458 [8].

Rollgeld Exk. zu § 382 [125].

Rost bei Beförderung auf Eisenbahn § 459 Ziff. 4.

Rübenlieferungspflicht, AktGes. § 212 [1] ff.; durch Statutenänderung § 276.

Rückbürgschaft § 349 [49].

Rückerstattung von Eisenbahnfracht § 470.

Rückforderung s. Aktionär, Tantieme, Anfechtung; verbotene Termingeschäfte Exk. zu § 376 [45] ff.; keine R. des für Spiel Geleisteten Exk. zu § 376 [70].

Rückgabe s. Lagergeschäft, Bankverwahrungsgeschäft.

Rückgriff s. Kaduzierung, Regreß.

Rückkauf s. Sicherungskauf.

Rücklagen s. Tantieme, Reservefonds.

Rücknahme, Recht des Lagerhalters auf § 422 [2].

Rückprämie Exk. zu § 348 [8].

Rücksendungspflicht des Käufers § 379 [14].

Rückstand s. Einlage, st. Gesellschaft.

Rückstellung s. Reservefonds.

Rücktritt, Vertrag mit Handlungsgehilfen § 70 [29]; Kreditkauf Exk. vor § 373 [38] ff.; vertragsmäßiges Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag Exk. zu § 374 [3]; wegen Übergabeverzuges des Verkäufers Exk. zu § 374 [75]; vom Kaufvertrage wegen Verzuges Exk. zu § 374 [109]; wegen unterlassener Spezifikation § 375 [12]; Recht des Nichtsäumigen bei Fixgeschäft § 376 [9]; des Kommissionärs? § 397 [11], § 398 [2], 400 [25]; des Absenders vom Frachtvertrage § 425 [1], § 428; bei Zahlungsverzug des Verkäufers Exk. zu § 374 [35]; Wandelung? § 377 [69]; Kauf mit Eigentumsvorbehalt Exk. zu § 382 [68]; R. vom Frachtvertrage § 428 [3] ff., [8]; s. Kauf V, VI, Wandelung, Widerruf, annullieren, Aufsichtsrat, Anfechtung, Irrtum.

Rückwirkende Kraft des HGB.? E 10 ff.; s. bei den einzelnen Rechtsinstituten letzte Anmerkung.

Rückzahlung seitens der Aktionäre, bona fides § 217 [1] ff.; der Einlage an Aktionär unstatthaft § 213 [1] ff.; des Liquidationsüberschusses, Aktionär § 302 [9]; an st. Gesellschafter, Anfechtung § 342 [3]; der Einlage bei Kommanditges. § 172.

Rückzahlungskurs, Einstellung in Bilanz § 40 [7].

Rüge s. Kauf V; des Kommittenten bei Einkaufskommission § 391 [3].

S.

Saatgut, Schadensersatz bei schuldhaft mangelhafter Lieferung § 377 [100].

Sacheinlagen, qualifizierte Gründung § 186 [4] ff.; Angaben bei Anmeldung der AktGes.? § 195 [20]; Kapitalserhöhung § 279; Kommanditges. auf Aktien, Stempel § 322 [4]; Komplementar einer AktKommanditges., Stempel § 322 [4]; s. AktGes. D IV, Gründung, Einlagen.

Sachen, Anschaffungsgeschäft § 1 [38] ff.

Sachfirma § 20 [1] ff.; s. Firma.

Sachgemäß, Übertretung § 377 [13] ff.

Sachgesamtheiten, qualifizierte Gründung, Einbringung § 186 [21]; Besitzübertragung § 366 [19]; Verpfändung § 368 [3], [11] ff.; Zurückbehaltungsrecht an § 369 [15]; s. Mängel, Kauf V, Teil.

Sachverständiger, Zuziehung bei Auseinandersetzungsbilanz Exk. zu § 141 [6]; Zuziehung zwecks Mängelrüge § 377 [13]; s. Kommissionär, Frachtführer.

Sackmiete § 380 [6].

Saisonware, Fixgeschäft § 376 [8]; s. Nachfrist.

Saldo, Börsentermingeschäfte im Saldo Exk. zu § 376 [18]; s. Börsentermingeschäfte, Kontokorrent, Kapitalkonto.

Saldofeststellung § 355 [22] ff.; s. Kontokorrent, laufende Rechnung.

Sammeldepot Exk. zu § 424 [1] ff.; s. Bankverwahrungsgeschäft.

Sammelladungsspedition § 413 [8] ff.; s. Speditionsgeschäft.

Sanieren, AktGes. § 185 [2], § 290 [13] ff.

Satzung s. Statut.

Säumig s. Verzug, Verspätung, Kaduzierung.

Schablonenhaftigkeit, Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [5].

Schaden, Voraussehbarkeit § 347 [26].

Schadensersatz, Firmenmißbrauch § 37 [19]; Firma auf Ladenschild Exk. zu § 37 [9]; Pflicht des o. HGesellschafters § 111 [12] ff.; außerkontraktlicher der o. HG. § 126 [4]; Konkurrenzverbot des Handlungsgehilfen § 61 [1] ff.; Fürsorgepflichten des Prinzipals § 62 [7]; des Handlungsgehilfen bzw. Prinzipals wegen Auflösung infolge vertragswidrigen Verhaltens § 70 [18] ff.; Zivilmakler Exk. vor § 93 [37] ff.; des Vorstandes einer AktGes. § 241, s. F I; Aufsichtsrat § 249 [1] ff.; unbegründete aktienrechtliche Anfechtungsklage, einstweilige Verfügung, aktienrechtl. Anfechtung gegen Generalversammlungsbeschlüsse § 273 [13], [24]; kein Wandelungsanspruch § 377 [73]; bei schuldhaft mangelhafter Lieferung § 377 [100]; Lieferung mangelhafter Sache, Verjährung § 377 [143]; arglistig verschwiegene Mängel § 377 [158]; unerlaubte Handlung, Arglist des Verkäufers § 377 [169] ff.; Verletzung vertraglichen Rechts durch Dritte Exk. zu § 377; unberechtigter Notverkauf § 379 [19] ff.; Übersendungspflicht des Verkäufers Exk. zu § 382 [39] ff.; Konkurs während schwebenden Kaufvertrages Exk. zu

Digitized by Google

§ 382 [83]ff.; für Vertreter Exk. zu § 58 [26]ff.; bei Pseudovertretung Exk. zu § 58 [60]; unzulässige Ausgabe neuer Aktien vor Eintragung der Kapitalserhöhung § 287 [2]; vertragswidriges Verhalten, Auflösung einer st. Gesellschaft § 319 [24]; aus unsittlichem Geschäft Exk. zu § 346 [6]ff.; Wucher Exk. zu § 346 [88]; Verletzung der Sorgfaltspflicht § 347 [11]ff.; Rat, Empfehlung, Auskunft Exk. zu § 349 [1]ff.; Verlust durch Vorschriften über gutgläubigen Erwerb § 366 [69]ff.; wegen Gebrauch des Pfandes § 368 [34]; als Nebenverpflichtung, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [16]; wegen Übergabeverzug des Verkäufers Exk. zu § 374 [56]ff.; wegen verspäteter Spezifikation § 375 [5]; wegen unterlassener Spezifikation § 375 [18]; Recht der Nichtsäumigen bei Fixgeschäft § 376 [12]ff.; Ausgabe nichtiger Aktien (unter Mindestbetrag, vor Eintragung) § 209 [8]ff.; Frachtgeschäft, Eisenbahn § 453 [15], 456ff.; Lagergeschäft § 417; wegen Nichterfüllung (zugesicherte, arglistig verschwiegene Eigenschaften beim Kauf) § 377 [85]ff.; s. Haftung, Gründer, Makler, Delikt, Handlungslehrling, Sorgfalt, Kauf VI, Vollmacht, Vertretung, Spezifikation, Bereicherung, Kommissionsgeschäft, Speditionsgeschäft.

Schankwirt s. Ladenschild.

Schauspieler s. Theater.

Scheck Exk. zu § 363; Wesen Exk. zu § 363 [1]ff.; Scheckvertrag Exk. zu § 363 [2]ff.; Pflichten des Scheckausstellers Exk. zu § 363 [3]; insbes. „kreuzen" ebd.; Pflichten des Bankiers Exk. zu § 363 [4]ff.; Widerruf des Scheckausstellers Exk. zu § 363 [6]; Übertragung des Sch und Wirkungen Exk. zu § 363 [7]ff.; Präsentationsfrist Exk. zu § 363 [10]; kein Kompensationsrecht der Bank Exk. zu § 363 [11]ff.; Konkurs des Scheckausstellers Exk. zu § 363 [13]; s. Anweisung, Wertpapier, Indossament.

Schein s. Zeichenschein, Strohmann, Anfechtung von Börsenterningeschäften Exk. zu § 376 [35]; Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [55].

Scheinkaufleute Exk. zu § 5 [1]ff.; s. Firma.

Schenkungen in Bilanz der AktGes. § 261 [26]; Handelsgeschäft § 343 [27]; Form § 350 [34]; Milderung der Haftung bei Schenkung § 347 [6]; s. Handlungsgehilfe, Generalversammlung, Freigebigkeit, unentgeltlich.

Schiedsgerichtsklausel, betr. einzelne Kontokorrentposten § 3 5 [24]; Börsenterningeschäfte Exk. zu § 376 [28].

Schiedsrichter, Generalversammlung als Sch? § 178 [15].

Schiedsspruch, Spielverträge Exk. zu § 376 [76].

Schiedsverträge, Vertragsstrafen gegen Syndikatsmitglieder Exk. zu § 346 [35].

Schiffahrt, Bestimmung der Leistung § 359 [1]ff.

Schikane, Recht auf Nachbesserung nach Mängelrüge § 377 [55]; Kontrollrechte des Kommanditisten § 166 [2]; Geltendmachung von Minoritätsrechten aus § 254 [12].

Schild s. Ladenschild.

Schlafwagengesellschaften, internationale § 472 [10].

Schlechtgläubig s. gutgläubig, redlich.

Schleppschiffahrtsunternehmen § 1 [74].

Schlendern, Syndikatsmitglied Exk. zu § 346 [38]ff.

Schließfächer, Briefübergabe Exk. zu § 361 [5]ff.

Schlußbilanz s. Bilanz.

Schlüssel, vorübergehender Besitz des Verpfänders § 368 [9].

Schlußnote des Handelsmaklers §§ 94ff.; s. Schlußscheine.

Schlußrechnung, Liquidation AktGes. § 302 [1]ff.; s. st. Gesellschaft, o. HG.

Schlußschein, Auswechselung keine Formvorschrift § 350 [38]; Vertragsinhalt? Exk. zu § 372 [39]; über verbotene Börsenterningeschäfte, Stempel Exk. zu § 376 [49]; s. Schlußnote, Börsendifferenzgeschäfte.

Schmiergelder § 59 [46]; Entlassungsgrund § 72 [2]; s. Provision.

Schmuggel, unsittliche Verträge über Exk. zu § 346 [13].

Schneeballensystem, kein Kauf Exk. vor § 373 [55].

Schneider, Handwerker? § 4 [16].

Schriftform § 350 [42]ff.; Stempel § 350 [46]; Vertreter § 350 [46]; s. Form.

Schriftlich, Vertragsschluß Exk. zu § 361 [5]ff.; s. Form.

Schuldanerkenntnis § 350 [15]; Minderkaufleute § 351 [1]ff.; Börsenterningeschäfte Exk. zu § 376 [12]; s. Differenzgeschäfte, Saldo, Anerkenntnis.

Schulden s. Passiva, Bilanz, Firma.

Schuldhafte Unterlassung. Übergabeverzug des Verkäufers Exk. zu § 374 [44]ff.; Zahlungsverzug Exk. zu § 374 [13]; s. positive Vertragsverletzung, Fahrlässigkeit, Schadenersatz.

Schuldner s. Geschäftsveräußerung.

Schuldscheine, präsumtiv zum Handelsgewerbe § 344 [8]; exceptio doli § 344 [14]; s. Verpflichtungsschein.

Schuldübernahme, Geschäftsübergang § 22 [29], [31], § 25; kumulative § 350 [10]; S. betr. Börsenterningeschäfte Exk. zu § 376 [14].

Schuldverschreibungen auf den Inhaber Exk. zu § 365 [2]ff.

Schuldversprechen, Minderkaufmann § 4 [27], § 351 [1]ff.; abstraktes § 350 [11]ff.; s. Verpflichtungsschein.

Schutz des Eigentümers gegenüber gutgläubigem Erwerbe § 366 [69]ff.; gutgläubiger Pfanderwerb § 368 [26]ff.; s. Gläubiger, guter Glaube.

Schutzverpflichtungen des Prinzipals, Verweigerung von, Kündigungsgrund § 71 [4]; s. Fürsorgepflichten, Schutzvorschriften.

Schutzvorschriften, Lehrling § 82; für Gläubiger bei Herabsetzung des Aktienkapitals § 289 [2]; Umwandlung einer AktKommanditges. § 334 [1]ff.; s. Gläubiger, Sperrjahr, Liquidation, Akt Ges. sub H III und IV.

Schwarze Liste, Syndikatsmitglied Exk. zu § 346 [41].

Schwebende Geschäfte, Auseinandersetzung, s. o. HGesellschaft VI; Engagements in Bilanz

Digitized by Google

der AktGes. § 261 17, 24; nach Auflösung einer st. Gesellschaft § 340 10 ff.

Schweigegeld, Versprechen von Sch. unsittlich Exk. zu § 346 11.

Schweigen des Maklers Exk. vor § 93 8; Willenserklärung, Genehmigung § 346 13 ff.; Erlöschen eines Antrages Exk. zu § 361 21 ff.; Offerteannahme Exk. zu § 361 66, 74; eines Kaufmanns als Annahme bei bestehender Geschäftsverbindung § 362 1 ff.; unbestellte Ware § 377 199; Kauf auf Probe Exk. zu § 382 19 ff.; s. Stillschweigen, Genehmigung.

Schwinden, keine Haftung der Eisenbahn § 456 1 ff.

Sconto s. Skonto.

Seeschiffe s. Speditionsgeschäft.

Seeschiffer s. Konnossement, Speditionsgeschäft.

Seetransport, Mängelanzeige § 377 32; s. Speditionsgeschäft.

Sekuritätszession § 368 94.

Selbsteintritt des Kommissionärs §§ 400 ff.; s. Kommissionsgeschäft III 4.

Selbsthilfeverkauf bei Annahmeverzug des Verkäufers § 373 1 ff., 23 ff.; Exk. zu § 374 30; bei Sukzessivlieferungsgeschäft Exk. zu § 374 136; beim Spezifikationskauf § 375 2; im Falle des Spezifikationsverzuges § 375 16; s. Kauf VI, Notverkauf.

Selbstschuldnerische Bürgschaft § 349 14, 21; s. Bürgschaft.

Sensale § 93 E.

Separatbeschlüsse der Aktionäre bei Kapitalserhöhung § 278; bei Herabsetzung § 288 Abs. 3; s. Aktionäre, Generalversammlung.

S. E. u. O. § 355 29.

Sicherheit für Spielgeschäfte Exk. zu § 376 66; s. Schutz, Gläubiger, Hinterlegung, Sicherheitsleistung.

Sicherheitsleistung der verbleibenden o. HG.? Exk. zu § 141 9 ff.; seitens der klagenden Minderheit einer AktGes. § 269 4; kein Recht auf Pfandrückgabe § 368 34, 36; Abwendung des Zurückbehaltungsrechts durch S. § 369 52 ff.; S. betr. Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 12; s. Saldo.

Sicherheitspflicht bei aktienrechtlicher Anfechtungsklage, Generalversammlungsbeschluß § 272 10.

Sicherheitsübereignung, Indossament handelsrechtlicher Orderpapiere § 364 4; s. Sicherungsübereignung.

Sicherstellung, Gläubigerschutzvorschriften Akt.-Ges. § 301 3; Fortbestand nach Saldofeststellung § 356 1 ff.

Sicherung s. Beweissicherung.

Sicherungskauf Exk. vor § 373 51; s. Sicherungsübereignung.

Sicherungsmaßregeln s. Nachlaßgericht.

Sicherungsrechte bei Bürgschaft § 349 83; des Spediteurs § 410 1 ff., 13 ff.

Sicherungsübereignung § 368 94 ff.; Exk. vor § 373 51; Begriff § 368 95; Voraussetzungen § 368 96; Wirkungen § 368 98 ff.; s. Sicherheitsübereignung.

Silbersachen, Pfandverkauf § 368 57.

Simulation, Aktienzeichnung § 189 26.

Simultangründung § 188 1 ff.; s. AktGes. D II, Kommanditges. auf Aktien sub B.

Sitte s. Verkehrssitte.

Sitz der juristischen Personen § 33 11; der AktGes., Verlegung ins Ausland § 292 20; der AktGes. § 182 17; der Obligation Exk. zu § 372 7; s. ausländisch, Niederlassung, Zweigniederlassung, Ort.

Sitzverlegung, AktGes. § 274 1.

Skonti, Provisionsberechnung § 88 12.

Skonto, Auslegung § 346 6; Waren-, Zahlungsskonto Exk. zu § 359 14 ff.; s. Rabatt.

societas leonina § 105 4; s. Gesellschaftsvertrag.

sociétés anonymes à capital variable § 201 32.

„Sofort", Erfüllungsort Exk. zu § 359 5; Offertenannahme Exk. zu § 361 28 ff.; Erfüllungszeit Exk. zu § 372 45; kein Fixgeschäft § 376 6; s. Entlassung, Kündigung, unverzüglich.

„Sogleich", kein Fixgeschäft; s. sofort.

Solidar s. mehrere.

Solidarhaft der o. HGesellschafter § 128 1 ff.

Sollvorschriften, AktGes., Anfechtung § 271 3.

Sonderdepot Exk. zu § 424 1 ff.; s. Bankverwahrungsgeschäft.

Sonderrechte der Aktionäre § 250 9; der Aktionäre, Verzicht auf Anfechtung? § 273 18; der Aktionäre, Änderung durch Generalversammlungsbeschluß? § 274 10; auf Abschriftenerteilung § 256; auf Liquidationsüberschuß § 300 1 ff.; s. Gläubiger.

Sonderzug, keine Pflicht der Eisenbahn zur Frachtbeförderung mit S. § 466 8.

Sondervorteile, Erfordernis der Aufnahme in das Statut der AktGes. § 186 1 ff.

Sonntage, Fristenberechnung Exk. zu § 359 34 ff.

Sonntagsruhe, Handlungsgehilfen § 59 28.

„Sonstiges Recht" § 823 Abs. 1 BGB. Exk. zu § 377.

Sorgfalt des o. HGesellschafters § 114 11 ff.; Gründerhaftung § 202 9; s. AktGes. D VII; Aufsichtsrat § 249 1 ff.; des Vorstandes AktGes. § 241 1 ff.; eines ordentlichen Kaufmanns § 347 1 ff.; bei Übersendungspflicht Exk. zu § 382 31 ff.; Berücksichtigung der Verkehrssitte § 346 1 ff., 18 ff.; s. Kommissionär, Spediteur, Frachtführer, Beweislast, Haftung.

Sortenspezifikation § 375 1.

Sozialpolitische Vorschriften, rückwirkende Kraft E 14.

Spareinlage bei Gewerbebank § 368 87.

Sparkassenbuch, Verpfändung? § 368 1; unechtes, Zurückbehaltungsrecht an § 369 15.

Spediteur, gutgläubiger Erwerb gesetzlichen Pfandrechts § 366 61 ff.; Zurückbehaltungsrecht § 369 46; Bestimmungsort Exk. zu § 372 18; Beweissicherung Exk. zu § 379, § 414 Abs. 3; Kaufmann § 407 4; s. Speditionsgeschäft, gesetzliches Pfandrecht.

Digitized by Google

Speditionsgeschäft.

A. Allgemeines:

Begriff § 407 [1]ff.; speditionsähnliche Geschäfte § 407 [5], § 415; s. Annoncenspediteur; Gegenstand des Sp. § 407 [6]ff.; unerlaubte Geschäfte § 407 [25]; Nebenleistungen § 407 [7]; Wirkungen des Sp.-Vertrages zwischen Spediteur und Frachtführer § 407 [14]; Verhältnis zwischen Versender und Frachtführer § 407 [16]; zwischen Versender und Spediteur § 407 [18]ff., § 408 [14]; Verhältnis mehrerer Spediteure und Frachtführer § 441 [1]ff.; Widerruflichkeit § 407 [19]; Verhältnis zwischen Spediteur und Empfänger § 407 [23]; zu Käufer und Verkäufer Exk. zu § 382 [56]; Statutenkollision § 407 [24], § 408 [24]; Zwischenspediteur § 408 [4], § 411; Unterspediteur § 408 [4]; Konkurs des Versenders § 407 [22]; fixe Spesen § 413; Sammelladungen § 413; Annahme eines Auftrages durch Schweigen § 362 [4]; s. oben Spediteur.

B. Pflichten des Spediteurs.

1. Allgemeines: Maß der Sorgfalt § 408 [1]ff., [11], [13]; keine Haftung für Zufall § 408 [2]; konkurrierendes Verschulden § 408 [3]; Wahl der Zwischenpersonen § 408 [4]; Haftung für diese § 408 [5]; Haftung für seine Angestellten § 408 [6]; Befolgung der erhaltenen Anweisungen § 408 [14]; bei Gefahr im Verzuge § 408 [15]; Folgen der Pflichtverletzung § 408 [16], § 385 [6]ff.; Exkulpierungspflicht § 408 [21]ff.; Verjährung der Ansprüche wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung, Verspätung § 414.

2. im einzelnen: hinsichtlich des Gutes § 408 [7]ff.; insbes. Empfangnahme, Aufbewahrung, Notverkauf § 408 [7]; Versendung § 408 [12]; Deklaration § 408 [12]; keine Versicherungspflicht § 408 [12]; Nachnahmepflicht § 408 [18]; Rechenschaftspflicht § 408 [21], § 408 [27]; keine Pflicht zur Anzeige des Zwischenspediteurs § 408; Pflicht, Auslagen zu machen? § 409 [11]; Sammelverkehr zu wählen? § 413 [15]; Haftung für Verlust, Minderung, Beschädigung, Verspätung § 414; insbes. bei Eisgang, Krieg, Ausfuhrverbot § 414 [5]; Einredenverjährung § 414 Abs. 3; Haftung für Vorsatz § 414 Abs. 4; im übrigen s. sub A.

C. Rechte des Spediteurs

a) auf Provision § 409 [1]ff.; Voraussetzung und Fälligkeit ebd.; zahlungspflichtig ist Versender § 409 [4]; Höhe § 409 [5]; Tarife der Verkehrsanstalten § 409 [5]; Verjährung § 409 [6], § 414 [15]; keine Provision bei fixen Spesen § 413 [1]ff.

b) auf Auslagenerstattung § 409 [7]; insbes. von Zoll § 409 [8]; Verjährung § 409 [10].

c) Zinsanspruch § 409 [12].

d) Pfandrecht, Voraussetzung § 410 [1]ff.; Gegenstand § 410 [6]ff.; Pf. der Zwischenspediteure § 411 [1]ff.; Konkurrenz verschiedener Pfand- und Retentionsrechte § 443 [1]ff., [10].

e) Retentionsrecht § 410 [13]ff., § 369 [10].

f) kein Verfolgungsrecht § 410 [15].

g) Selbsteintritt als Frachtführer § 412.

h) Notverkauf § 408 [9].

i) Rechte bei fixen Spesen, Sammelladungsspedition § 413 [1]ff.; s. im übrigen sub A.

Speicher keine Zweigniederlassung § 13 [1].

Sperrjahr, Herabsetzung des Aktienkapitals § 289 [9]; Geschäftsveräußerung § 303 [13]; Liquidation der AktGes. § 301 [2]; bei Fusion §§ 305, 306 [15]ff., [20]; kein Sp. bei Umwandlung einer AktKommanditges. § 334 [5].

Spesen § 59 [37]; Vertrauensmißbrauch § 72 [2]; des Agenten § 90; des Maklers Exk. vor § 93 [15]; s. Reisespesen, Porto.

Spezies, Veräußerung bei Abnahmeverzug Exk. vor § 373 [70]; Annahmeverzug § 373 [18].

Spezieskauf, Gewährleistung, Beweislast § 377 [126]; s. Kauf II.

Spezifikationskauf nach Bedarf Exk. vor § 373 [35]; s. Kauf G; Kauf II, VI 1 g.

Spielgeschäfte, Posten im Kontokorrent § 355 [7], [17], [30]; s. Differenzgeschäfte, Börsentermingeschäfte.

Sprache in Handelsbüchern § 43 [1]; in Generalversammlung § 256 [25]; s. Deutsch.

Sprungregreß nach Kaduzierung von Aktien § 220 [3].

Staat als Kaufmann § 36; Rechnungsabschlüsse § 42; s. Bundesstaat, Genehmigung, Unternehmen; s. Schuldverschreibung, Eisenbahnfiskus.

Stadtreisender, Natur der Dienste § 59 [36]; Vollmacht § 55 [4]; s. Handlungsgehilfe.

Stammprioritäten s. Vorrechtsaktien.

Standgelder, Übersendungskauf Exk. zu § 382 [38].

Statut juristischer Personen, Eintragung §§ 33 ff.; s. Änderung, Kommanditges. auf Aktien sub B, AktGes. B.

Statutenverletzung, Anfechtung, AktGes. § 271 [3].

Steinbruch, Pacht § 350 [30].

Stellenvermittler Exk. vor § 93 [44].

Stellvertreter, Vorstand, AktGes. § 242 [1]ff.; kein Zeuge § 242 [1]; s. Vertretung, Vollmacht, Aufsichtsrat.

Stellvertretung s. Stellvertreter, Vertretung, Vollmacht.

Stempel, Geschäftsveräußerung § 22 [38], 23 [3]; Illation in o. HG. § 105 [36]; Lehrvertrag § 76 [16]; Abfindungsvertrag mit o. HGesellschafter Exk. zu § 141 [33]; Auseinandersetzung o. HG. § 145 [11]; Aktien und Interimsscheine § 179 [13]ff.; Umwandlung der Aktienarten § 183 [6]; Genußscheine § 179 [29]; Umwandlung von Stammaktien in Vorzugsaktien § 185 [11]; Einbringungsverträge § 186 [24]; Simultangründung § 188 [5]; Aktienzeichnung § 189 [30]; Dividendenschein? § 213 [17]; Aktienübertragung § 222 [24], § 223 [15]; neue Aktie § 228 [7]; Statutenänderung AktGes. § 275 [8]; Kapitalserhöhungsbeschluß § 278 [23]; Zeichnung neuer Aktien § 281 [11], § 304 [13]; bei Fusion § 305 [27], § 306 [28]; Gründung der Kommanditges. auf Aktien, Sacheinlagen § 322 [4]; Umwandlung einer AktKommanditges. § 333 [8];

Digitized by Google

als Unterschrift § 350 [46]; kein Ersatz betr. Auslagen für Börsentermingeschäfte Ext. zu § 376 [13]; St. für Differenz- und Spielgeschäfte Ext. zu § 376 [82]; Schlußschein über verbotene Börsentermingeschäfte Ext. zu § 376 [49]; für Spielgeschäfte Ext. zu § 376 [66]; Frachturkunden § 426 [19]; s. Auflassung, Fusion, Unterschrift, Faksimile, Haftung, Delikt.

Stichproben, Mängelrüge § 377 [18]ff.; verborgene Mängel in Konserven bei Teillieferung § 377 [104].

Stichtag s. Fixgeschäft.

Stille Gesellschaft, keine HG. § 335 [1]; Begriffsmerkmale § 335 [3]ff.; subsidiäre Anwendung des BGB. § 335 [2]; Personen § 335 [5]; insbes. geschäftsunfähige § 335 [26]; Handelsgewerbe § 335 [6]ff.; Firma 335 [11], [38]ff.; Komplementar, Stellung nach außen § 335 [11]ff., [37]ff.; st. Gesellschafter als Zeuge § 335 [11]; Vermögenseinlage des st. Gesellschafters § 335 [18]ff., [28]ff., [35]ff.; Dienste als Einlage § 335 [15]; Gewinnbeteiligung § 335 [20]ff., §§ 336ff.; Berechnung, Fälligkeit § 337 [1]ff.; Verlustbeteiligung § 335 [20]ff., §§ 336ff.; Form des Gesellschaftsvertrages § 335 [28]; Inhalt des Vertrages § 335 [25, 41]; Übertragung der Gesellschaftsrechte an andere § 335 [37]; Verwendung der Einlage § 335 [31]ff.; Zustimmung zu ungewöhnlichen Geschäften § 335 [32]; Konkurrenzverbot gegen Komplementar § 335 [34]; keine Rückzahlung bezogenen Gewinns § 337 [7]; Erfüllungsort § 337 [8]; Kontrollrechte § 338 [1]ff.; Recht auf Buchführung § 338 [4]; Auflösung §§ 339 ff.; Tod des Komplementars § 339 [2]ff.; Auflösung von Gesellschaften als Sozien § 339 [5], [11]; Konkurs eines Gesellschafters § 339 [6], § 340 [17]; insbes. des Komplementars § 341 [1]ff., § 342; Gesellschaftszweck, Erreichung unmöglich § 339 [8]; Zeitablauf § 339 [9]; Einstellung des Gewerbebetriebes § 339 [10]; vertragliche Gründe § 339 [12]; Auflösungsbeschluß § 339 [13]; Kündigung § 339 [16]ff.; Modalitäten d. sofortigen Kündigung § 339 [19]ff.; Schadensersatz wegen vertragswidrigen Verhaltens § 339 [24]; Auflösung durch Gesellschaftergläubiger § 339 [26]ff.; Anfechtung des Gesellschaftsvertrages § 339 [28]; Rechtsnatur der Auflösung § 340 [1]ff.; Folgen der Auflösung § 340 [1]ff., [8]ff.; Saldofeststellung § 340 [3]ff.; schwebende Geschäfte § 340 [10]ff.; Abberufung des Komplementars als Liquidator? § 340 [12]; jährliche Rechenschaft und Auszahlung § 340 [13]ff.; Konkurs § 340 [17]ff., §§ 341 ff.; Rückforderung der Einlage §§ 341 ff.; Zwangsvergleich § 340 [17]; rückständige Einlagen § 341 [6]; Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger gegenüber st. Gesellschafter § 342; Erlaß der Einlage, Anfechtung § 342 [11].

Stiller Gesellschafter, kein Kaufmann § 1 [18]; s. Stille.

Stillschweigende Änderung des Erfüllungsortes Ext. zu § 372 [28]ff., [34]ff.; s. Schweigen.

Stimmenkauf, AktGes., Strafbarkeit § 317 [1]ff.

Stimmenmehrheit s. Generalversammlung §§ 251 ff.

Stimmenthaltung § 252 [23]ff.

Stimmrecht, konstituierende Generalversammlung § 196 [8]; s. Abstimmung; Aktionär § 223 [7], [19]; gemeinschaftliche Aktie § 225 [4]; Gesellschaft als solche § 226 [4]; s. Generalversammlung §§ 251ff.; keins des Komplementars einer AktKommanditges. § 327 [1]ff.; s. Abstimmung, Generalversammlung.

Stoff, Werklieferungsvertrag § 381 [18]ff.; s. Werklieferung.

Strafbestimmungen des Aktienrechts §§ 312ff.; betr. Börsentermingeschäfte Ext. zu § 376 [35]; gegen Handelsmakler § 103; Liquidationsbilanz o. HG. § 154 [6]; Lehrherr § 82; s. Kommanditges. auf Aktien sub H, AktGes. sub J., Haftung, Delikt, Freiheitsstrafe.

Streik, Provisionsanspruch des Agenten trotz § 88 [11]; Übergabeverzug Ext. zu § 374 [47]ff.

Streitverkündung, Verjährungsunterbrechung § 377 [140].

Streitwert bei „Duldungsklagen" E 53; aktienrechtliche Anfechtungsklage, Generalversammlungsbeschluß § 272 [16]; Wandelung § 377 [71], [78].

Strohmann, wahrer Zeichner § 189 [25], § 223 [17]; Strafbarkeit? § 313 [1]ff., § 317 [7], § 318 [10]; Anfechtungsklage § 271 [13].

Stückeverzeichnis, Übersendung § 384 [46]; Verzicht auf Übersendung seitens Kommissionärs § 381 [46]; s. Kommissionsgeschäft.

Stückzinsen, Aktienverkauf § 223 [84]; nicht in Reservefonds § 262 [17].

Stummer in Generalversammlung § 259 [2]; i. Form.

Stundenbuchhalter § 59 [9].

Stundung des Kaufpreises, Protesterhebung des Akzeptes Ext. vor § 373 [64]; Beweislast Ext. vor § 373 [68]; des Kaufpreises, Rücktritt des Verkäufers? Ext. zu § 374 [117]ff.; s. Kreditkauf.

Stundung durch Reisenden § 55 [5]; Provision des Agenten § 88 [7]; durch Agenten? § 86 [2]; Kontokorrentpoiten § 355 [16]; Kreditkauf Ext. vor § 373 [38]ff.

Stundungsbegehr ist Verzicht auf Anfechtung § 377 [168].

Subdirektion s. Zweigniederlassung.

Submission s. Abhalten.

Subskription, öffentliche neuer Aktien § 282 [4].

Substantiierung, Mängelhaftung § 377 [124]ff.; s. Kauf V 5.

Subsidiär, Haftung des Aktienvormanns § 220 [3].

Substitution s. Vertretung, Haftung.

Succ. s. Sukz.

Sudjahre § 346 [2].

Sukzessivgründung § 180; s. AktGes. D III; s. Kommanditges. auf Aktien sub B.

Sukzessivlieferung s. Kauf II; Mängel s. Kauf V, V 8, VI; s. Sukzessivlieferungsgeschäft.

Sukzessivlieferungsgeschäft, Rücktritt wegen Verzuges Ext. zu § 374 [92]; Begriff Ext. zu

Digitized by Google

§ 374 [135]; Teilerfüllung, Verzug, Wahlrechte Exk. zu § 374 [124] ff.; positive Vertragsverletzung Exk. zu § 374 [178] ff.; S. als Fixgeschäft § 376 [34]; Konkurs Exk. zu § 382 [93]; Selbsthilfeverkauf § 373 [36]; s. Kauf II, Mängel, Kauf V.
Summendepot Exk. zu § 424 [1] ff.; s. Bankverwahrungsgeschäft.
Summenlagergeschäft § 419 Abs. 3; s. Lagergeschäft.
Suspension des Vorstandes § 231 [7]; s. Liquidatoren.
Suspensiv s. Bedingung.
Syndikate, Begriff Exk. zu § 346 [28]; Form Exk. zu § 346 [29]; insbes. nicht rechtsfähiger Verein Exk. zu § 346 [30]; Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Verkaufszentrale Exk. zu § 346 [31] ff.; Zwang gegen die Mitglieder Exk. zu § 346 [34] ff.; Vertragsstrafen ebd. [35]; Schiedsverträge ebd. [36]; Beitrittszwang Exk. zu § 346 [37]; Ehrkränkung, Kreditschädigung, Aussperrung Exk. zu § 346 [39] ff.; Ausschluß eines Mitgliedes Exk. zu § 346 [41] a; Haftung des Syndikats für unerlaubte Handlungen Exk. zu § 346 [43]; Gewerbegeheimnisse im Sinne § 384 Nr. 3 ZPO. Exk. zu § 346 [44]; Gefährdung des Gemeinwohls Exk. zu § 346 [44]; s. Konsortium.

T.

Tabelle, Feststellung gegen o. HG. kein Titel gegen Gesellschafter § 124 [24].
Tag, Fristbeginn Exk. zu § 359 [18].
Tagebuch des Handelsmaklers § 100.
Tagesgeschäfte, Spielgeschäfte, Exk. zu § 376 [62]; s. Börsentermingeschäfte.
Tagesordnung, Generalversammlung § 256 [1] ff.; Zeit § 256 [3]; Revisionsbericht auf T. § 267; s. Generalversammlung.
„Und **täglich**", Exk. zu § 376 [48].
Talon § 213 [14]; Zurückbehaltungsrecht an § 369 [15]; Eigenschaft eines Wertpapiers § 381 [10]; s. Erneuerungsschein.
Tantieme, Handlungsgehilfe § 65 [4]; Agent § 88 E, § 91 [7]; AktGes. Rückzahlung gesetzwidriger T. § 217 [24]; Aufsichtsrat § 245 [7] ff.; Berechnung ebd.; des Vorstandes einer AktGes. § 237 [1] ff.; Aufsichtsrat einer Akt-Kommanditges. § 320 [96].
Tara, Auslegungsregeln beim Kaufvertrag § 380 [1] ff.
Tarif als Vertragsgrundlage § 346 [14] ff.; Eisenbahn, Ausnahmetarife §§ 461 ff.
Tätlichkeiten des Prinzipals, Handlungsgehilfen §§ 71, 72.
Taube in Generalversammlung § 259 [2]; s. Form.
Taubstumme, keine Schriftform für § 350 [49].
Tausch Exk. vor § 373 [3]; s. Kauf, Kommissionsgeschäft.
Täuschung, s. Betrug, Arglist, Anfechtung.
Taxe s. Makler.
Technisches Bureau, keine Zweigniederlassung § 13 [5].
Teil, Mängel an T. von Ware § 377 [87]; Einklagung eines T., Unterbrechung der Verjährung § 377 [140].
Teilbare Gegenstände, Notverkauf § 379 [21].
Teilbarkeit, Leistungen aus Kaufvertrag § 377 [165].
Teilerfüllung, Verzug s. Kauf VI; s. Teillieferung.
Teilkonnossement, Übergabe § 363 [38].
Teillieferung, Annahmeverzug § 373 [14]; Selbsthilfeverkauf § 373 [36]; Mängel § 377 [178] ff.; Mängel, vorbehaltlose Annahme § 377 [118]; Übergabeverzug des Verkäufers Exk. zu § 374 [45]; s. Teilweise, Kauf VI, II.
Teilnahme an anderer Gesellschaft § 112; an Generalversammlung § 252 [32]; s. Generalversammlung, Stimmrecht.
Teilurteil, Schadensersatzklage bei Arglist des Verkäufers § 377 [170].
Teilweise Erfüllung, Zahlungsverzug Exk. zu § 374 [38]; bei Fixgeschäften § 376 [31]; Lieferung, Anzeige [11]; von Mängeln, Wandelung usw. § 377 [178] ff.; s. Teil . . ., Kauf V 8 VI, II.
Teilzahlung s. Zahlungsverzug.
Telegramm, Schriftform? § 350 [48, 53].
Telegrammadresse § 17 [7]; Geschäftsveräußerung § 22 [25], § 17 [7].
Telephon, Mitteilung durch T. als Gegenstand des Frachtgeschäfts § 425 [5]; s. Fernsprecher.
Tel quel § 360 [3] ff., § 377 [187]; Untersuchung und Mängelanzeige § 377 [36].
Termine, Berechnung Exk. zu § 359 [18] ff.
Terminhandel s. Börsentermingeschäfte.
Terraingesellschaft, Nachgründung § 208 [2].
Testamentsvollstrecker s. Nachlaß, Erbschaft.
Theater, Stellenvermittlung Exk. vor § 93 [12].
Theaterunternehmer, Kaufmann? § 1 [10] a.
Tod des Prinzipals, Prokura § 52 [7] ff.; T. des Machtgebers Exk. zu § 58 [67]; eines o. HGesellschafters, Auflösung § 131 [17], §§ 137 ff.; des Prinzipals § 66 [1, 14]; des Handlungsgehilfen § 66 [14]; des o. HGesellschafters, Erbe als Kommanditist § 139 [1] ff.; Lehrherr § 77 [8]; Agenturverhältnis § 92 [10] ff.; Maklervertrag Exk. vor § 93 [42] a; Zeichners, bei Anmeldung, AktGes. § 195 [5]; des Kommanditisten § 177; Aufsichtsrat § 245 [15]; Komplementars einer AktKommanditges. § 330 [9]; des Komplementars einer st. Gesellschaft § 339 [2] ff.; des Hauptschuldners, Bürgschaft § 349 [15]; Liquidator, AktGes. § 296 [4]; des Offerenten Exk. zu § 361 [79] ff.; des Akzeptierenden ebd.; des Verpflichteten bei Fixgeschäften, Nachlaßpfleger § 376 [37]; s. Erben, Firma.
Totalisator, Wette Exk. zu § 376 [65].
Tötung durch Eisenbahn § 472 [16].
traditio brevi manu § 366 [2].
Transitverkehr § 469; Mängelrüge § 377 [20].
Transport, Kosten des Käufers Exk. zu § 382 [124]; s. Verkehr, Frachtgeschäft.
Transportgefahr bei Kauf Exk. zu § 382 [45] ff.; Kommissionsgeschäft § 384 [30]; s. Tarif.

Digitized by Google

Transportgeschäfte, Handelsgeschäft § 1 [70] ff.; s. Frachtgeschäft.
Transportkosten Exk. zu § 382 [124]; Wandelung § 377 [71]; s. Transport . . .
Transportunternehmen, Kontrahierungszwang Exk. zu § 346 [27].
Transportversicherungspolize, Orderpapier § 363 [33].
Transportwirkung s. Dispositionspapiere; Ladeschein § 450.
Tratte, Avisierung § 346 [14]; s. Wechsel.
Tresor s. Lagergeschäft.
Treueverhältnis, Sicherungsübergang § 368 [104].
Treuhänder im Präventivkonkurs Exk. zu § 350 [14], § 368 [10].
Treu und Glauben im Rechtsverkehr E 25; Auslegung von Willenserklärungen § 346 [1] ff., [13] ff.
Tröbler, Kleingewerbe § 4 [20].
Trucksystem s. Handlungsgehilfe.
Typenmuster Exk. zu § 382 [5].

U.

Überbürge § 349 [48].
Übereignung, Sicherung § 368 [94] ff.; s. Eigentum, Sicherungskauf.
Übergabe und Indossament § 364 [2] ff.; des Ladescheins § 450; des Frachtbriefes § 435; s. Offerte, Aktie, Annahme, Eigentum, Dispositionspapier, Pfandrecht, Kauf.
Übergabepflicht des Verkäufers Exk. vor § 373 [56] ff.
Übergabeverzug, Kauf Exk. zu § 374 [39] ff.; s. Kauf VI [2].
Übergang des Firmenrechts §§ 22 ff.; der Aktienrechte §§ 222 ff.; s. Nebenrechte, Bürgschaft, Firma D, Übergabe, Fusion, Veräußerung, Grundstücke, Orderpapiere, Forderungen.
Übergangsfragen (1900) E 8 ff.; Handelsfrau E 76; Aktienrecht § 178 [1] ff.; betr. Zinsen § 352 [16]; Vertragsschluß Exk. zu § 361 [95] ff.; s. Schlußanmerkung bei den einzelnen Rechtsinstituten.
Übergangszeit E 9 ff.; s. Übergangsfragen.
Überlegungsfrist der Erben eines o. HGesellschafters § 139 [15] ff.
Übernahme, qualifizierte Gründung § 186 [9] ff.; Kapitalserhöhung § 279; aller Aktien durch Gründer §§ 188, 190, 195, 199; s. AktGes., Gründung D IV; Firma, Geschäftsveräußerung, Versicherung, Fusion, Konsortium.
Überpariemission, Aktie § 178 [20], § 181 [3] ff.
Überschreitung s. Vertretung, Kommissionär.
Überschuldung, Antragspflicht des Vorstandes einer AktGes. § 240 [9] ff.
Überschuß bei laufender Rechnung § 355.
Überseeische Verkaufskommission § 383 [41].
Übersendung Exk. zu § 372 [48] ff.; Kosten Exk. zu § 382 [20] ff.; s. Erfüllungsort, Bestimmungsort, Kauf II.
Übersendungskauf, Bestimmungsort Exk. zu § 372 [13], [48] ff., Exk. zu § 374 [42], § 377 [1], [2]; s. Kauf II.
Übersendungspflicht s. Kauf II.
Übertragbarkeit der Gesellschaftsrechte § 109 [11]; Aktie, Naturalleistung § 212 [12] ff.
Übertragung von Namensaktien § 222 [1] ff.; vinkulierter N. § 222 [11] ff.; Aktie, Aktienbuch § 223 [1] ff.; Inhaberaktie § 223 [16] ff.; des ganzen Vermögens oder eines Teils, Vertrag über, Form § 350 [33]; des Schecks Exk. zu § 363 [7] ff.; s. Eigentum, Übergabe, Indossament, Orderpapier, Fusion, Akkord, Abtretbarkeit.
Übertreibungen des Verkäufers § 377 [149].
„Ultimo", kein Fixgeschäft § 376 [4].
„Umgehend" s. Annahme, Offerte.
Umgehung von Börsentermingeschäften Exk. zu § 376 [3], [5], [33]; s. Börsentermingeschäfte.
Umkehrung der Beweislast § 377 [127] ff.
Umladungskosten, Übersendungskauf Exk. zu § 382 [38].
Umsatzprovision § 88 [15].
Umsatzsteuer, Auseinandersetzung o. HG. § 145 [12].
Umschreibung s. Aktienbuch.
Umtausch beschädigter Aktie § 229; zum Zwecke der Kapitalsherabsetzung §§ 290 ff.; UKommission § 384 [46]; Recht nach Mängelrüge? § 377 [64].
Umtauschkommission, Pfandbestellung § 368 [11], § 384 [47].
Umwandlung einer o. HG. durch Änderung der Personen § 105 [48] ff.; einer o. HG. durch Änderung der Rechtsform § 105 [49]; Recht des Aktionärs auf U. der Aktienart? § 183 [2] ff.; U. des Reservefonds einer AktGes. § 262 [24] ff.; einer Abwicklungsgesellschaft in eine o. HG. § 131 [2] ff.; einer AktKommanditges. in eine AktGes. §§ 332 ff.; in andere Gesellschaftsarten § 334 [6] ff.; von Börsenterminegeschäften Exk. zu § 376 [20]; s. Novation, AktGes. sub H, Kommanditges. auf Aktien sub F, G, Fusion.
Unabänderlichkeit s. Sonderrechte, Statut.
Unbefugt s. Firma E.
Unbeschränkbarkeit s. Vorstand, o. HG., Vertretung.
Unbestellte Ware, Zusendung Exk. zu § 361 [67], § 377 [199], § 379 [30]; s. Zusendung.
Unbeweglich, Verträge über USachen § 350 [20], [22] ff.; Nachgründung § 207; s. Werklieferungsvertrag.
Unbillige Erschwerung des Fortkommens § 74.
Unechte Kündigung § 67 [4] ff.; Reservefonds § 262 [27] ff.; Inhaberpapiere Exk. zu § 365 [9] ff.
Uneigentliche laufende Rechnung Exk. zu § 357 [1] ff.; s. Kontokorrent.
Uneigentliches Lombard-, Pfandgeschäft § 368 [87].
Unentgeltlich, redlicher Erwerb § 366 [11]; Verfügungen, Handelsgeschäft § 343 [19]; s. Schenkung, Herausgabe.
Unerfahrenheit, Wucher Exk. zu § 346 [20].
Unerhebliche Wertminderung § 377 [40], [41]; Mängel, Arglist § 377 [163].
Unerlaubte Handlungen, Handelsgeschäft § 343 [19]; Haftung des Syndikats Exk. zu

Digitized by Google

§ 346 [43]; Arglist des Verkäufers § 377 [169]ff.; U. Geschäfte als Gegenstand des Speditionsvertrages § 407 [25].
Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks, o. HG. § 133 [18].
Unfähigkeit zur Dienstleistung, Handlungsgehilfe, sofortige Kündigung § 71 [2]; eines o. HGesellschafters zur Geschäftsführung § 117; desgl. zur Vertretung § 127; s. Vorstand, Liquidator.
Ungefähr, Bedeutung Exk. vor § 373 [35].
Ungültige Rechtsgeschäfte, Handelsgewerbe? § 1 [21]; s. Anfechtung, Saldo.
Ungültigkeitserklärung eines Generalversammlungsbeschlusses, Folgen § 273 [1]ff.
Unglück, unverschuldetes des Handlungsgehilfen § 63 [1]ff.; unverschuldetes, Lehrling § 76 [21].
Union s. Syndikat.
Universalsukzession, Aktienerwerb § 222 [15].
Universalversammlung § 256 [9].
Unlauter s. Wettbewerb.
Unlauterer Wettbewerb s. unsittlich, Wettbewerb.
Unleserliche Stellen in Handlungsbüchern § 43.
Unmittelbarer Besitzer, Verlieren von Gegenständen (§§ 932ff. BGB.) § 366 [46].
Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Verpflichtungen o. HGesellschafters § 133 [17]; der Leistung, Übergabeverzug Exk. zu § 374 [47]; Wandelung § 377 [66], [71]; Nachlieferung § 377 [98]; s. Beweislast, Umkehrung, Handlungsagent III, vis major.
Unpfändbare Gegenstände, Verpfändung § 368 [5].
Unredlichkeit s. Glauben, Vertreter, Haftung.
Unrichtige Darstellung s. AktGes., Gründung D, Strafbestimmungen sub J.
Unsicherheit, Kreditkauf Exk. vor § 373 [38]ff.
Unsittliche Geschäfte Exk. zu § 346 [1]ff.: Beispiele Exk. zu § 346 [10]ff., [13]ff.; s. gute Sitten.
Unteilbarkeit der Aktien § 179 [1]; Qualitätsmangel § 377 [6].
Unterbeteiligung an o. HG. § 109 [21]; Exk. zu § 342 [5].
Unterbilanz der Kommanditges. auf Aktien § 329; s. Bilanz.
Unterbrechung s. Verjährung, o. HG. III.
Untergang, zufälliger, Wandelung § 377 [65]; s. Übersendung, Transport, Gefahr.
Unterkonsortien Exk. zu § 342 [5]ff.
Unterlassung, Firmenmißbrauch § 37 [22]; s. Konkurrenzverbot.
Unterlassungsklage, gegen gute Sitten verstoßende Handlungen Exk. zu § 346 [8]ff.
Unternehmen s. Änderung, gemeinnützig.
Unternehmer s. Werklieferungsvertrag.
Unterpariemission, Aktie § 178 [20], § 184 [1]ff.; s. Emission.
Unterscheidung s. Firma E.
Unterschlagene Sachen, Eigentumserwerb § 935 BGB. § 366 [46].
Unterschlagung, o. HGesellschafter § 105 [37]; s. Kommissionär.
Unterschrift, Aktie, Interimsschein § 181; Vorstandszeichnung § 233; Liquidatoren AktGes. § 296 [7], § 298 [8]; Schriftform § 350 [42]ff.; Frachtbrief § 426; s. Stempel, Faksimile, Zeichnung, Form, Handelsregister.
Unterspediteur §§ 408, 411; s. Speditionsgeschäft.
Unterstempelung § 344 [8].
Untersuchung, Kauf auf Probe Exk. zu § 382 [16]; s. Kauf V.
Untrennbare Zusammengehörigkeit, Qualitätsmängel § 377 [6]; Mängel eines Teils § 377 [179].
Untreue, Entlassungsgrund § 72 [2]; s. Benachteiligung, absichtlich.
Unübertragbarkeit der Prokura § 52; der Obliegenheiten des Aufsichtsrats § 246 Abs. 4; s. Aktie, Übertragbarkeit.
Unverschuldet s. Unglück.
Unvertretbar s. Werklieferungsvertrag.
Unverzüglich Antwort bei bestehender Geschäftsverbindung § 362 [13]ff.; Bedeutung Exk. vor § 373 [45]; Rücktritt von Kreditkauf, Anfechtung ebd.; Mängelrüge § 377 [18]; Mängelanzeige § 377 [29].
Unvollständige Angaben der Gründe § 203.
Unwahre Darstellung der Verhältnisse einer AktGes. § 314.
Unwirksamkeit der Beschränkung an Liquidatoren § 151; Vereinbarungen bei der Kommanditges. § 172; AktGes. § 186; Zusicherung neuer Aktien § 283; s. ungültig, nichtig.
Unzulässige Ausgabe von Aktien § 314 [10]; s. Emission.
Urheberrechte, o. HG. § 124 [3]; Zurückbehaltungsrecht an § 369 [15]; s. Patent.
Urkunden, Anmeldung der AktGes. § 195 [9]ff.; Vermutung der Vollständigkeit § 350 [59]; s. Beurkundung, Form, Vorlegung.
Urlaub, Handlungsgehilfe § 59 [33]; Vorstand § 231 [28]ff.
Ursächlicher Zusammenhang, Schadensersatz § 347 [27].
Urteil, Vollziehen der Wandelung § 377 [64]; s. Anfechtung, Nichtigkeit, Vollstreckung, schiedsrichterliches, Verurteilung, Schiedsspruch, Ausland.
Usancen s. Börsenusancen, Geschäftsgebräuche, Verkehrssitte.

V.

Valuta per . . . Exk. zu § 372 [44].
Vater, Gewerbebetrieb für Hauskind § 1 [21]; Verantwortlichkeit für Buchführung § 38 [3].
Veränderung, in Handelsbüchern § 43; s. Vorstand, Aufsichtsrat, Rücktritt.
Verantwortlichkeit s. Haftung.
Verarbeitung, Wandelung § 377 [65]; Erlöschen des Eigentumsvorbehalts Exk. zu § 382 [71]; s. Bearbeiten.
Veräußerung des Gesamtvermögens einer AktGes. § 303; von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren an gutgläubigen Erwerber § 366 [1]ff., [5]ff.; s. Übertragbarkeit, Kaduzierung, Fusion, Firma D, Übergang, Geschäftsver-

Digitized by Google

äußerung, Weiterveräußerung, Aktie, Kauf, redlich, Eigentumserwerb.
Veräußerungsverbote, guter Glaube, Unkenntnis § 366 [76]ff.; gesetzliche, Zurückbehaltungsrecht trotz V. § 369 [17].
Verbindung mehrerer aktienrechtl. Anfechtungsklagen, Generalversammlungsbeschluß § 272 [9]; mehrerer Anfechtungsklagen, AktGes. § 271 [12].
Verborgene Mängel § 377 [31]; s. Kauf V, Mängel.
Verbot des Erwerbs eigener Aktien § 226 [1]ff.; s. Handlungsgehilfe, Konkurrenzverbot.
Verbotene Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [40]ff.; s. Börsentermingeschäfte.
Verbrauch zwecks Mängelrüge § 377 [13]; der Sache, Wandelung § 377 [68], [71].
Verderb, drohender V. des Pfandes § 368 [34]; Gefahr des V., Selbsthilfeverkauf § 373 [32]; Kommissionsgut § 388 [7]ff., § 390; Frachtgut § 437 Abs. 2; innerer V., keine Haftung der Eisenbahn § 456 [1]ff.; s. Notverkauf.
Verein, Eintragung § 33 [1]ff.; AktGes.? § 178 [6]; Syndikat Exk. zu § 346 [30].
Vereinbarung s. Abrede, Vertrag, Änderung.
Vereinigung aller Aktien in einer Hand § 292 [18]; aller Aktien einer Kommanditges. in einer Hand § 330 [24]; von Minderkaufleuten Exk. zu § 342 [8]ff.; zu Börsentermingeschäften Exk. zu § 376 [10]; s. Differenzgeschäfte, Fusion.
Verfall s. Kaduzierung.
Verfälschung, Arglist des Verkäufers § 377 [149].
Verfolgungsrecht nach § 44 KO., Erlöschen nach § 936 BGB. § 366 [40]ff.; des Kommissionärs Exk. zu § 382 [96]ff.; Spediteur keins § 410 [15]; des Verkäufers Exk. zu § 382 [99]ff.; Bedeutung und rechtliche Natur ebd.; Voraussetzungen Exk. zu § 382 [101]ff.; Ausübung und Wirkung des Rechts Exk. zu § 382 [112]ff.; internationales Privatrecht Exk. zu § 382 [117]; Spediteur keins § 410 [15].
Verfrachter § 408 [4]; s. Speditionsgeschäft.
Verfügung, V. des Absenders über Kommissionsgut §§ 433, 447, 455; Übergang des VRechts gegenüber Frachtführer auf Empfänger § 433 [6]; s. Genehmigung, Erbe, einstweilig.
zur **Verfügung stellen** des entlassenen Handlungsgehilfen § 70 [12]; Z. und Zurückbehaltungsrecht § 369 [23], [44]; s. Zurverfügungstellung.
Vergleich, Provision des Agenten? § 88 [7]; durch Konkursverwalter einer Kommanditges. § 171 [10]; Beschränkung betr. Gründungshaftung § 205; einer AktGes. mit regreßpflichtigen Personen § 270; gerichtlicher Form § 350 [2]; außergerichtlicher § 350 [3]; über Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [27]; über Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [75]; Rügepflicht § 377 [1]; s. Kauf V.
Vergütung s. Naturalleistung, Vorstand, Aufsichtsrat § 245 [1]ff.; s. Auslagen, Provision.
Verhandlung in Generalversammlung § 256 [11].
Verjährt, kein Zurückbehaltungsrecht an v. Forderungen § 369 [8].
Verjährung, Übergangsfragen § 1 [88]; gegen Gesellschafter einer Kommanditges. Exk. zu § 177 [28]ff.; Gründerhaftung § 205; der Rechte aus Aktien, Dividendenschein § 223 [29]; Konkurrenzverbot des Vorstandes § 236 [9]; der Ansprüche gegen Vorstand AktGes. § 241 [14]; Anspruch gegen Aufsichtsrat § 249 [9]; gegen Komplementar einer AktKommanditges. § 320 [57]; Konkurrenzverbot, st. Gesellschaft § 335 [34]; arglistiges Abhalten von Klageerhebung § 346 [19], § 348 [55]; der Haftung für Rat, Empfehlung, Auskunft Exk. zu § 349 [81]ff., § 352 [16]; von Zinsen § 352 [16]; Kontokorrentposten § 355 [16]; Saldo § 355 [32]; kaufmännischer Verpflichtungsschein § 363 [32]; von Inhaberpapieren Exk. zu § 365 [6]; des Pfandrechts? § 368 [33]; Haftung für arglistig verschwiegene Mängel § 377 [160]; Unterbrechung durch Beweissicherung Exk. zu 379 [8]; Einreden, Verjährung gegen Spediteur § 414 Abs. 3; für und gegen Lagerhalter § 423 [1]ff.; gegen Frachtführer § 439; Ansprüche aus dem Eisenbahnfrachtvertrag § 470 [1]ff.; s. Einrede; zugunsten des Geschäftsveräußerers § 26; o. HGes., desgl. Kommanditges. als Veräußerer § 26 [4]; Firmenmißbrauch § 37 [25]; Ansprüche des Handlungsgehilfen § 59 [38]; Ansprüche aus Konkurrenzverbot o. HGesellschafters § 113 [9]; Tantieme des Handlungsgehilfen § 65 [10]; der Ansprüche aus Konkurrenzverbot des Handlungsgehilfen § 61 [9]; Ansprüche aus Lehrvertrag § 76 [11]; Ansprüche des Handlungsagenten § 88 [19]; Makleranspruch Exk. vor § 93 [40]; Handelsmaklergebühr § 99 [6]; des Dividendenrechts § 213 [16]; rechtswidrige Zahlungen an Aktionär § 217 [15], [23]; materiellrechtlich, Erfüllungsort maßgebend Exk. zu § 372 [8]; Anfechtung von Börsentermingeschäften Exk. zu § 376 [16]; der Gewährleistungsansprüche § 377 [133]ff.; Einrede der Arglist gegenüber V. § 377 [147]; s. Kauf V, 6, o. HGes. VIII, Kommissionsgeschäft, Frachtgeschäft.
Verkauf eines Handelsgeschäfts, Mängelanzeige § 377 [32]; s. Aktie, Fusion, Akkord, Kauf, Versteigerung, Pfandverkauf.
Verkäufer s. Kauf.
Verkäuflichkeit der Ware, Präsumtion § 347 [29]; Exk. zu § 374 [29].
Verkaufsagent, Provisionsanspruch § 88 [4]ff.; s. Agent.
Verkaufskommission § 383 [41]; s Kommissionsgeschäft.
Verkaufszentrale, Syndikat Exk. zu § 346 [31].
Verkehrsanschauungen, Mängelhinweis § 377 [148].
Verkehrsanstalten, kontrahieren mit § 346 [15]; s. Tarif, Eisenbahn.
Verkehrshypothek, Geschäftsübergang § 22 [27].
Verkehrsmoral E [25].
Verkehrsordnung s. Revisibel, Eisenbahn.
Verkehrssitte E [25], [33]; Berücksichtigung bei Auslegung § 346 [6]; hinsichtlich Qualität der Ware § 360 [3]; Unterlassen der Annahmeerklärung gegenüber einer Offerte Exk. zu

Digitized by Google

§ 361 [66]ff; s. Handelsgeschäfte, Handelsgewohnheitsrecht.
Verlagsgeschäfte, Grundhandelsgeschäfte § 1 [78]ff.; s. Form.
Verlängerungsfristen Exk. zu § 359 [29]; s. Frist.
Verlegung der Niederlassung § 31 [1]ff.; s. Sitz, Firma, Eintragung, Vertagung.
Verleihung von Aktien § 318.
Verletzung s. Schadensersatz, Anfechtung.
Verlorene Gegenstände, Erwerb § 366 [45]ff., § 367; Pfand § 366 [54]ff.; s. Veröffentlichung, Glauben, Verlust.
Verlust, Hälfte des Grundkapitals, Anzeigepflicht des Vorstandes einer AktGes. § 240 [1]ff.; Hervorhebung in Bilanz der AktGes. § 261 [46]ff.; Deckung durch Reservefonds der AktGes. § 262 [6]; der Probe Exk. zu § 382 [9]; Kommissionsgut §§ 390, 388ff.; Speditionsgut § 414; Frachtgut § 429; Ladeschein § 448 [2]; Frachtbriefduplikat § 455 [5]; Haftung der Eisenbahn für §§ 456ff.; s. Verloren, Aufgebot, Bilanz, AktGes. G, Tantieme, Dividende, Aktionär, Inhaberpapier, o. HG., Kommanditges., st. Gesellschaft.
Verlustig s. Kaduzierung, Verlust.
Vermächtnis, Geschäftsübergang durch V. § 27 [22], § 25.
Vermengung s. Vermischung.
Vermieter, Erlöschen des Pfandrechts bei Gutgläubigkeit dritten Erwerbers § 366 [38]; Pfandrecht, Rang § 368 [79]; s. Pfandrecht.
Vermischte Geschäfte, Form § 350 [31].
Vermischung, Erlöschen des Eigentumsvorbehalts Exk. zu § 382 [71]; V. beim Kommissionär § 383 [36]; Lagergut § 419.
Vermittler s. Makler.
Vermutung für Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe eines Kaufmanns § 344 [1]ff.; für Vollständigkeit eines formell abgefaßten Geschäfts § 350 [59]ff.; s. Verkäuflichkeit, Präsumtiv.
Vermögensauseinandersetzung, Vorlegung der Handelsbücher § 47; s. Auseinandersetzung.
Vernichtete Orderpapiere, Aufgebot § 365 [13]; s. Verlust.
Veröffentlichung, Verlust von Inhaberpapieren § 367 [1]ff.; s. AktGes. D VI, Zweigniederlassung, Bekanntmachung.
Verpackung als Eigenschaft der Ware § 360 [6]; Rüge § 377 [9], [13]; Arglist § 377 [149]; Übersendungspflicht Exk. zu § 382 [34]; Kosten der Exk. zu § 382 [121]; Auslegungsregeln beim Kaufvertrag § 380 [1]ff.; Haftung der Eisenbahn § 456 [1]ff.; Aufschrift über Gefährlichkeit § 456 [11]ff.; s. Mängel, Kauf V.
Verpfändung von Aktien § 212 [16], § 223 [13]; Aktie, Stimmrecht § 252 [5]; von Rechten im allgemeinen § 350 [26]ff.; von Waren durch Indossierung von Dispositionspapier § 365 [11]; offenes Depot Exk. zu § 424 E; des Anteilsrechtes des Einlagerers § 419 [8]; s. Talon, Dividendenschein, Pfand, Sicherungskauf, Dispositionspapiere.
Verpflegung kranker Handlungsgehilfen § 63 [9].
Verpflichtungsschein präsumtiv zum Handelsgewerbe § 344 [10]; kaufmännischer § 363 [19]ff.; Verpflichtungsgrund § 363 [21]ff.; Faksimile § 363 [23]; Prioritätsobligation § 363 [22] a; Zurückbehaltungsrecht an § 369 [15]; Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [25]; V. als Gegenstand des Kontokorrentvertrages § 355 [15].
Verrechnung, Kontokorrent § 355 [3]ff.; s. Aufrechnung.
Verringerung des Gewerbebetriebes § 31 [3].
Verrufserklärung, Syndikatsmitglied Exk. zu § 346 [41].
Versagung, ehemännliche Einwilligung s. Ehefrau.
Verschlechterung der Vermögensverhältnisse, Kreditkauf Exk. vor § 373 [38]ff.; Wandelung § 377 [65]; s. Widerrufsrecht, Verderb.
Verschleierung der Unterpariemission § 184 [1]; AktGes., Verhältnisse § 314 [8].
Verschlossen s. Depot.
Verschmelzung, Fusion s. AktGes. sub H IV.
Verschollenheit des Machtgebers, kein Erlöschungsgrund Exk. zu § 58 [72].
Verschulden, nicht Voraussetzung des Annahmeverzuges des Käufers § 373 [9]; Eisenbahn § 457 Abs. 3, § 459 [17]ff.; s. Haftung, Sorgfalt, Vertreter, Vollmacht, Vertretung, Konkurrierend, Frachtgeschäft.
Verschweigen s. Arglist, Schweigen, Verschwiegenheit.
Verschwiegenheit, Rat, Auskunft Exk. zu § 349 [23]ff., [36].
Verschwiegenheitspflicht, Handlungsgehilfe § 59 [39]ff.; Lehrling § 76 [23].
Versehen s. Prokura, Bevollmächtigter, Sorgfalt, Verschulden, Fahrlässigkeit.
Versendung s. Übersendung, Speditionsgeschäft, Frachtgeschäft.
Versicherungsagent, Stellung zur Gegenpartei § 84 [31]; Provisionsanspruch § 88 [3].
Versicherungsaktiengesellschaft, Kapitalserhöhung § 278 [7].
Versicherungsbeiträge des Handlungsgehilfen § 63 [6].
Versicherungsgesellschaften, Aktienausgabe § 179 [3]; Kapitalserhöhung § 278 [7].
Versicherungspflicht, keine des Pfandgläubigers § 368 [31]; des Verkäufers bei Übersendung? Exk. zu § 382 [36]; des Kommissionärs? § 390 [5]; des Lagerhalters § 417; keine V. des Frachtführers § 429 [28]; V. des Verkäufers bei Niederlegung nicht angenommener Waren § 373 [30].
Versicherungspolice, kein Gegenstand des Pfandrechts für Kommissionäre § 397 [3].
Versicherungsvertrag, Grundhandelsgeschäft § 1 [59]ff.; Handelsgeschäft § 343 [27]; s. Form.
Verspätete Annahme einer Offerte Exk. zu § 361 [48]; Annahme eines Antrages Exk. zu § 361 [57]ff.; Geltendmachung von Verzugsfolgen Exk. zu § 374 [147]ff.; von Ablieferung von Speditionsgut § 414; Frachtgut § 428, § 429 [10]; vgl. durch Eisenbahn § 466.

Digitized by Google

Verspätungsschaden, Rüge § 377 [8]; Ersatz durch Frachtführer § 431 [4].
Verstaatlichung, Veräußerung des Vermögens einer AktGes. an öffentl. Korporation § 304 [1ff.]; Kommanditges. auf Aktien § 330 [22].
Verstärkung des Aufsichtsrats § 243 [5ff.]; s. Kooptation.
Versteckter Willensdissens Exk. zu § 361 [88ff.]
Versteigerung kadnzierter Aktie § 220 [13]; Erwerb in öffentlicher § 366 [49]; des Pfandes § 368 [35ff., 40ff.]; öffentliche, Selbsthilfeverkauf § 373 [33]; Haftung des Verkäufers für Zusicherung § 377 [47]; Mängelhaftung für Pfand § 377 [122]; Notverkauf § 379; s. Pfand, Abhalten, Pfandverkauf, Notverkauf.
Vertagung der konstituierenden Generalversammlung § 196 [11]; Generalversammlung, Mehrheitsbeschluß § 256 [30]; Bilanzgenehmigungsverhandlung § 264 [1ff.]
Verteilung s. Gewinn, AktGes., Liquidation, Akkord, o. HG., Auseinandersetzung.
Verteilungsbilanz, AktGes. § 261 [13ff.]
Vertrag, vereinbarte Form § 350 [39, 50]; Offerte und Annahme Exk. zu § 361 [1ff.]; mangelnde Willensübereinstimmung über einzelne Punkte, versteckter Dissenz Exk. zu § 361 [89ff.]; Übergangsfragen Exk. zu § 361 [95ff.]; s. Handelsgeschäft, Schweigen, Vorvertrag, Urkunden, vertraglich.
Vertragliche Änderungen der Untersuchungs- und Anzeigepflicht § 377 [32]; Änderungen der Mängelhaftung § 377 [187]; s Vertrag.
Vertragsstrafe, Begriff und rechtlicher Charakter § 348 [1ff.]; akzessorischer Charakter § 348 [3]; Verstoß gegen gute Sitten durch V. § 348 [4]; Zweck der V. § 348 [7]; Voraussetzungen der V. § 348 [8ff.]; Verzug § 348 [9ff.]; Wahlrecht des Gläubigers § 348 [15ff.]; Annahme einer Teilleistung § 348 [17ff.]; Strafe neben Erfüllung § 348 [18ff.]; Höhe der Strafe § 348 [21ff.]; Ermäßigungsrecht § 348 [22]; V. des Kaufmanns § 348 [26ff.]; dispositive gesetzliche Bestimmungen § 348 [30]; V. neben Konkurrenzklausel bei Kauf und Pacht eines ganzen Geschäfts § 348 [28]; Auslegung § 348 [32]; Zessibilität § 348 [33]; Erfüllungsort § 348 [34]; Verjährung § 348 [35]; V. im Konkurse des Schuldners § 348 [36]; Übergangsfragen § 348 [37]; Draufgabe Exk. zu § 348 [1ff.]; Reugeld Exk. zu § 348 [6ff.]; Vorprämie, Rückprämie ebd; kein Übergang durch Indossament § 364 [4]; Recht des Erfüllungsortes Exk. zu § 372 [8]; Konkurrenzverbot bei Geschäftsveräußerung § 22 [33ff.]; Konkurrenzklausel § 74 [6], § 75 [6]; Minderkaufmann § 4 [27]; Konkurrenzverbot des Handlungsgehilfen § 61 [11]; AktGes. wegen verzögerter Naturalleistungen § 212 Abs. 2; säumigen Aktionärs § 218 [6ff.]; Konkurrenzverbot des Vorstandes einer AktGes. § 236 [1ff., 11ff.]; Auslegung § 346 [3]; Syndikatsmitglied Exk. zu § 346 [39]; Bürgschaft § 349 [11]; Übergang auf zahlenden Bürgen § 349 [40ff.]; Minderkaufleute § 351 [1ff.]; s. Konkurrenzklausel.
Vertragsurkunde s. Urkunde.
Vertragsverletzung s. positiv.
Vertragszwang der Eisenbahn § 453 [9ff.]
Vertrauensmißbrauch, Entlassungsgrund § 72 [2].
Vertraulich, Rat, Auskunft Exk. zu § 349 [33ff.]
Vertretbar s. Verpflichtungsschein, Werklieferung, Werklieferungsvertrag, Wertpapier, generisch, Lagergeschäft über § 419.
Vertreter, gemeinschaftliche Aktie § 225 [4]; Verschulden des § 347 [13]; bei Unterschrift § 350 [46]; Übergabeverzug Exk. zu § 374 [46]; Mängelanzeige § 377 [27ff.]; Haftung des Verkäufers für Zusicherungen des V. § 377 [47]; Haftung für positive Vertragsverletzung § 377 [101]; Kenntnis von Mängeln § 377 [118]; Arglist des Verkäufers § 377 [151, 174ff.]; s. Angestellter, Vertretung.
Vertretung, Vertretungsmacht. Wirkungen Exk. zu § 58 [1ff.]; Handeln innerhalb der V. Exk. zu § 58 [3ff.]; im Namen des Machtgebers Exk zu § 58 [4]; desgl. Beweislast ebd.; rechtliche Fähigkeiten, Willensmängel des Vertreters Exk. zu § 58 [5]; konkludente Handlungen Exk. zu § 58 [7]; kontrahieren mit sich selbst Exk. zu § 58 [10ff.]; Vollmacht des Quittungsüberbringers Exk. zu § 58 [16ff.]; Haftung für Versehen Exk. zu § 58 [26]; Versehen bei Vertragserfüllung Exk. zu § 58 [27ff.]; Handeln eines nicht bevollmächtigten Mandatars Exk zu § 58 [35]; eines Bevollmächtigten im eigenen Namen Exk. zu § 58 [38]; eines Nichtbevollmächtigten als Vertreter (Pseudovertretung) Exk. zu § 58 [39ff.]; Erlöschen der Vollmacht Exk. zu § 58 [65ff.]; Widerruf Exk. zu § 58 [70]; der AktGes. vor Eintragung § 200 [6ff., 10ff.]; Aufsichtsrat § 247 [1ff.]; Liquidatoren einer AktGes. § 298 [7]; s. Vertreter, Vorstand, Aufsichtsrat, Vollmacht, Handlungsvollmacht, Prokura, Auftrag, o. HG., Kommanditges., Kommanditges. auf Aktien sub C, AktGes. H III.
Verurteilung, Verzug nach rechtskräftiger V. zur Erfüllung Exk. zu § 374 [149]; s. Urteil, Rechtskraft.
Verwahren, Aktie, Stimmrecht § 252 [8]; s. Aufbewahren, Aktie, Lagergeschäft, Bankverwahrungsgeschäft.
Verwahrer, Zurückbehaltungsrecht § 369 [45]; s. Bankverwahrungsgeschäft, Lagergeschäft.
Verwaltungskosten von Bilanz § 261 [39ff.]
Verwaltungsrat § 246 [15].
Verwaltungsrecht s. Ehefrau, Glaube guter.
Verweigerung s. Weigerung, Annahme, Verzögerung.
Verwendung s. Wandlung, Auslagen, Erstattung.
Verwertung, s. Pfandrecht, Pfandverkauf.
Verwirkungsklausel, Auslegung § 346 [3]; Fixgeschäft § 376 [4].
Verzeichnis der Aktionäre §§ 196, 258; Zeichner neuer Aktien § 284.

Digitized by Google

Verzicht auf Dienste des Handlungsgehilfen § 70 [30]; Beschränkung, betr. Gründungsfehler § 205; einer AktGes., bez. regreßpflichtiger Personen, AktGes. § 270; auf Offertenannahmeerklärung Exk. zu § 361 [66] ff.; auf Folgen des Annahmeverzuges § 373 [20]; auf Fristbestimmung (Kauf, Verzug) Exk. zu § 374 [106]; betr. Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [27]; Untersuchungs- und Mängelanzeige § 377 [85]; auf Mängelhaftung § 377 [116]; auf Anfechtung wegen Arglist des Verkäufers § 377 [163]; kein V. auf Verjährung § 377 [192]; s. Handlungsreisender.

Verzinsung s. Zinsen, Verzugszinsen.

Verzug, Vertragsstrafe wegen V. § 348 [8] ff.; Änderung des Erfüllungsortes? Exk. zu § 372 [27]; Illoyal verspätete Geltendmachung bei Fixgeschäften § 376 [35]; desgl. nach rechtskräftiger Verteilung zur Erfüllung des Fixgeschäfts § 376 [36] ff; s. o. HG., Leistung, Annahmeverzug, Kauf VI, Konkurs, Aktionär, Übersendung, Verspätung, Verschulden.

Verzugszinsen, Aktionäreinlage § 218; Höhe für das Handelsrecht § 352 [1] ff.; Übergangsfragen § 352 [17] ff.; V. neben Vertragsstrafe? § 348 [16]; s. Zinsen.

Viehhandel § 382.

Viehtreiben, Frachtführer § 425 [2].

Vier Wochen, 1 Monat § 346 [2].

Vinkulationskauf Exk. vor § 373 [66].

Vinkulierte Namensaktien, Mindestbetrag § 180 [10] ff., § 222; s. AktGes. C I.

vis major, Frachtgeschäft § 429, Eisenbahn § 456 [5] ff., §§ 453, 458; s. höhere Gewalt.

Vollkaufmann, AktGes. § 210 [15]; Bürgschaft § 349 [7, 26], §§ 350 ff.; s. Minderkaufmann, Handelsgeschäfte.

Vollmacht zu Registeranträgen § 12 [1] ff.; und Auftrag § 48 [1]; im Laden Angestellter § 56 [1] ff.; Aktie, Stimmrecht § 252 [15]; Zugehörigkeit zu Handelsgeschäft § 345 [4]; s. Prokura, Handlungsvollmacht, Vertretung, bevollmächtigt, Post, Legitimation.

Vollstreckung s. Zwangsvollstreckung, Firma, Versteigerung.

Volontär § 59 [9].

Vorausklage, Einwand des Bürgen § 349 [20] ff.; Exk. zu § 349 [24].

Vorausfehbarkeit des Schadens § 347 [26]; des Schadens bei positiver Vertragsverletzung § 377 [101].

Vorbehalt bei Zahlung, Zahlungsverzug? Exk. zu § 374 [12]; Annahme von Ware § 377 [113] ff.; bei Zahlung an Frachtführer § 438 [7] f.; s. Zeichnung, Aktie.

Vorbehaltsgut, Handelsgewerbe E 46; s. Handelsfrau.

Vorbereitungsgeschäfte, gewerbsmäßig § 1 [10a]; Handelsgeschäfte § 343 [14].

Vorgesellschaft, AktGes. § 200 [6] ff.

Vorgründungsverträge § 182 [33], § 350 [41].

Vorherige Erklärung der Annahmeverweigerung § 373 [13].

Vorläufig vollstreckbare Entscheidung als Grundlage für Registerrichter § 16 [1]; s. einstweilig.

Vorlegung s. Edition, Handelsbücher, Urkunden.

Vormann des Eigentümers, guter Glaube § 366 [17] ff.; s. Kaduzierung.

Vormerkung, keine Eintragung ins Handelsregister Exk. zu § 8 [6].

Vormund, Kaufmann? § 1 [18]; s. minderjährig, Buchführung.

Vormundschaftsgericht s. minderjährig.

Vorname in Firma §§ 18, 19.

Vorprämie Exk. zu § 348 [7].

Vorrecht, Aufsichtsrat keins im Konkurse § 245 [18], s. Konkurs; Vorrechtsaktien §§ 185, 252, s. Vorzug...

Vorsatz, Übergabeverzug Exk. zu § 374 [46]; kein Haftungsausschluß beim Eisenbahntransport §§ 457, 464 ff.; des Spediteurs § 414 Abs. 3; des Frachtführers §§ 430, 438; s. Rat, Auskunft, positive Vertragsverletzung.

Vorschuß, Handlungsgehilfe § 59 [33]; Zinsrecht des Kaufmanns § 354 [1] ff.; s. Kommissionsgeschäft, Frachtgeschäft, Speditionsgeschäft, Einschuß, Gewinn, AktGes.

Vorsitz in Generalversammlung § 256 [10].

Vorsitzender im Aufsichtsrat § 246 [14].

Vorstand, juristischer Personen, Anmeldepflicht § 33 [7, 13] ff., § 35; s. AktGes. F I, Kommanditges. auf Aktien.

Vorteile s. Sondervorteile, Aktionär, Stimmenkauf.

Vortrag s. Saldo, Kontokorrent.

Vorübergehende Aushilfe s. Handlungsgehilfe II.

Vorvertrag, Handelsgeschäft § 343 [9]; Form § 350 [41], Exk. zu § 361 [87].

Vorzeitige Ausgabe von Aktien § 179; s. Emission, Ausgabe, Aktie.

Vorzugsaktien § 185 [1] ff.; Stimmrecht § 252 [10]; gesonderte Abstimmung § 275 Abs. 3; s. Vorrecht, Aktie, Tantieme, Stimmrecht.

Vorzugsdividende für Kommanditisten einer AktKommanditges. § 320 [71]; s. Dividende...

Vorzugsobligationen, Unterschied von Aktien § 185 [10].

Vorzugsrechte, Übergang auf zahlenden Bürgen § 349 [33] ff.

„Vue et agrée“ § 360 [5].

W.

Waaren s. Ware.

Waggon, „ein W. Zigarren“ Exk. vor § 373 [35].

Wahl des Vorstands und Aufsichtsrats bei Gründung a. G. § 190 [1] ff.; AktGes., Mehrheit § 251 [3]; eigene W. § 252 [26]; s. Bestellung, Aufsichtsrat, Ernennung, Anfechtung.

Wahlrecht der Erben eines o. HGesellschafters § 139 [1] ff., [6] ff.; des Verkäufers bei Annahmeverzug des Käufers § 374 [1]; Erfüllungsverzug bei Verkauf s. Kauf VI; bei Verzug des Käufers oder Verkäufers s. Kauf sub VI; Spezifikationskauf s. Kauf sub VI G; des Käufers nach Mängelrüge § 377 [49] ff.; des Käufers bei arglistigem Verschweigen § 377 [177];

Digitized by Google

s. Sukzessivlieferungsgeschäft, Gewährleistung, Kommissionsgeschäft.
Währung, Auslegungsregel § 361 [1]ff.
Wandelpön s. Reugeld.
Wandlung, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [9]; s. Kauf sub V [3].
Waren, Begriff, Anschaffungsgeschäfte § 1 [41]; in Bilanz der AktGes. § 261 [18]ff.; mittlerer Art und Güte § 360 [1]ff.; Fürsorge bei Ablehnung einer Offerte § 362 Abs. 2; „Ware", Bedeutung Exk. vor § 373 [29]; s. Mängel, Übersendung.
Warenlager, Verpfändung § 368 [3], [11]ff.; Übernahme zum Buchwert Exk. vor § 373 [34]; Angestellte in offenem W. § 56 [2].
Warenskonto Exk. zu § 359 [14]ff.; s. Skonto.
Warenzeichen, Minderkaufleute § 4 [28].
Warenzeichengesetz und Firmenschutz § 37 [26].
Warrant § 424.
Wartefrist, Pfandverkauf § 368 [47], [93]; bei Realisierung des Zurückbehaltungsrechts § 371 [15].
Wassermangel, Übergabeverzug Exk. zu § 374 [47]ff.
Wechsel, Handlungsbevollmächtigter § 54 [20]; der o. HG., Haftung der Gesellschafter § 128 [6]; Unterschrift für o. HG. § 126 [17]; einer AktGes., Unterfertigung § 232 [11]; präsumtiv zum Handelsgewerbe § 344 [10]; im Kontokorrent § 355 [15]; Pfandbestellung § 368 [1]ff., [14]ff.; Zurückbehaltungsrecht an § 369 [15]; kein Zurückbehaltungsrecht an W. zur Diskontierung § 369 [48]; Barzahlung wegen nicht rechtzeitiger Hingabe Exk. vor § 373 [64]; Einschuß durch W., Zahlung bei Börsenterminge schäften Exk. zu § 376 [22]ff.; Hingabe für verbotene Börsenterminge schäfte Exk. zu § 376 [45]; für Spielgeschäfte Exk. zu § 376 [72]; Ankauf durch Kommissionär § 395; s. Tratte, Börsenterminge schäfte, Spiel.
Wechselbürgschaft, keine zivilrechtliche Bürgschaft § 349 [10].
Wechselrembourgeschäft Exk. vor § 373 [65].
Wechselschulden, Zinsen § 352 [12].
Wechselunterschrift s. Unterschrift, Zeichnung, Vorstand.
Weigerung der Vertragserfüllung, positive Vertragsverletzung? Exk. zu § 374 [176]; Handlungsgehilfe § 72; s. Kreditkauf, Nachfrist, Erfüllungsweigerung.
Weihnachtsgratifikation § 59 [34].
Weinkauf Exk. zu § 348 [1]ff.
Weitersendung s. Weiterverkauf.
Weiterverkauf, Mängelrüge § 377 [13]; Mängelrüge bei W. § 377 [22], [29], [33], [66], [67]; Minderungsanspruch bei § 377 [81]ff.; Schadensersatzanspruch § 377 [87]; Handelsgrundgeschäft § 1 [42]ff.; Wandelung § 377 [66], [67]; s. Wandelung, Kauf V.
Werklieferungsvertrag Exk. vor § 373 [14]ff., § 381 [14]ff.; Begriff ebd.; Maschinen § 381 [15]; über vertretbare Sachen kein W. § 381 [15]; Bauentrepriseverträge § 381 [17]; Stoff des Bestellers § 381 [18]; Befugnis, andern Stoff zu verwerten § 381 [19].
Werkmeister, Handelsbetrieb § 1 [52]ff.
Werkverdingungsverträge über Grundstücke § 350 [23].
Wert, gleich Geldkurs § 361 [2]; als Eigenschaft § 377 [42]; des zu ersetzenden Frachtgutes § 430 [3]; s. Bilanz, Streitwert.
Wertansatz in Bilanz § 40; schwebende Rechtsverhältnisse § 40 [8].
Wertdeklaration in Frachtbrief § 426 [1]ff., § 429 Abs. 2; bei Eisenbahntransport § 463.
Wertlosigkeit der Ware, Erfüllungsverzug § 377 [48].
Wertminderung des Pfandes, Anzeigepflicht § 368 [34]; s. Verschlechterung, Verderb.
Wertpapier, Kauf von W. § 381 [1]ff.; die verschiedenen Theorien ebd.; Kurzenkauf § 381 [4]; Kurs, Eigenschaft § 381 [4]; Eigentum, Gewährleistungsansprüche § 381 [5]ff.: Dividendengarantie § 381 [13]; Lieferung eines aliud § 378 [5]; Gewährleistungsansprüche § 377 [103]; vertretbare W., offenes Depot Exk. zu § 424 [3]; als Gegenstand des Frachtgeschäftes § 429 [20]; Eisenbahntransport § 456 [18], § 462; Anschaffungsgeschäfte § 1 [39]ff.; in Bilanz der AktGes. § 261 [18]ff.; Aktie § 179 [9]; W. mittlerer Art und Güte, Kursfähigkeit § 360 [1]ff.; Zurückbehaltungsrecht an W. § 369 [12]; s. Kurs, betrügerisch, Inhaberpapiere, Orderpapiere.
Wettbewerb, unlauterer, Firmenmißbrauch § 37 [26]; Verschwiegenheitspflicht § 59 [39]ff.: o. HG. § 124 [2]; unl. W., Unterlassungsklage Exk. zu § 346 [8]; Schadenshaftung auf Grund § 826 BGB. Exk. zu § 346 [7]; Ausübung des Monopols zum Zweck Exk. zu § 346 [27]; s. Konkurrenzklausel, Konkurrenzverbot.
Wette, Totalisator Exk. zu § 376 [65], [81]; s. Saldoanerkenntnis.
Wettgeschäfte, Posten im Kontokorrent § 355 [7], [17], [30]; s. Spielgeschäfte.
Wichtige Gründe, Entlassung des Handlungsgehilfen § 70 [5]ff., § 71; sofortige Kündigung s. Handlungsgehilfe II; für Auflösung der o. HG. § 133 [1]ff.; s. Liquidation, Auflösung.
Widerklage als Anfechtungsklage? § 271 [6]; W. aus Frachtvertrag § 469 Abs. 3.
Widerruf der Vollmacht Exk. zu § 58 [70]; der Vertretungsbefugnis o. HG. § 127 [3]ff.; des Maklervertrages Exk. vor § 93 [17]ff.; Vorstandsbestellung § 231 [14]; Prokura einer AktGes. § 238 [14]; s. Kündigung, Entlassung; Aufsichtsrateamt § 243 [8]; des Eintragungsantrages, AktGes. § 195 [3]; kaufmännischer Anweisungen § 363 [7]ff.; des Scheckausstellers Exk. zu § 363 [6]; kein Eintrittsrecht des Kommissionärs nach § 405 [14]; des Speditionsvertrages § 407 [10]; s. Rücktritt, Anfechtung.
Widerruflichkeit, Prokura § 52 [1]ff.; s. Widerruf.
Widerrufsrecht des Bürgen § 349 [37]; s. Widerruf.
Widerspruch, Anfechtung von Generalversammlungsbeschluß §§ 271 ff.; s. o. HG., An-

Digitized by Google

fechtung, Kommanditgef., Firma, Handelsregister, Notverkauf.
Wiedereröffnung der Schiffahrt Exk. zu § 372 [45]; s. Liquidation.
„Wie besehen" § 360 [3] ff.; tel quel, Mängelanzeige § 377 [36], § 377 [187].
Wiederkehrende Leistungen s. Aktionär.
„Wie gehabt", Wertminderung § 377 [40], [44].
Wie sie stehen und liegen § 377 [187].
Willenseinigung, Kaufvertrag Exk. vor § 373 [17] ff., [29] ff., [35] ff.
Willenserklärung, Auslegung § 346 [1] ff.; W. zwischen o. HG. §§ 125, 150; gegen AktGes. §§ 232, 225; s. Vollmacht, Vertretung, Vertrag.
Willensmängel s. Zwang, Betrug, Irrtum, Zeichnung, Aktie, Anfechtung.
Willensübereinstimmung, versteckter Dissens Exk. zu § 351 [88] ff.
Wirt, Frachtgeschäfte des § 425 [7]; s. Gastwirt, Hotelier.
Wissen s. kennen.
Wissenmüssen des Verkäufers § 377 [152].
Wissentlich s. falsch, absichtlich, arglistig.
Wochenfristen Exk. zu § 359 [25] ff.
Wohlfahrtsfonds s. Reservefonds.
Wohnräume der Handlungsgehilfen § 62.
Wohnsitz, Erfüllungsort Exk. zu § 372 [20]; dgl. Ehefrau Exk. zu § 372 [20]; mehrere W. Exk. zu § 372 [23], [56].
Wörtlich s. Angebot.
Wortsinn, Auslegung § 346 [2].
Wortzeichen und Firmenschutz § 37 [26].
Wucher, Allgemeines, Begriff Exk. zu § 346 [14] ff.; subjektive, objektive Erfordernisse Exk. zu § 346 [16] ff.; Notlage Exk. zu § 346 [18]; Leichtsinn ebd. [19]; Unerfahrenheit ebd. [20]; bewußte Ausbeutung ebd. [21]; Nichtigkeit des ganzen Geschäfts ebd. [22] ff.; Form wucherischer Geschäfte ebd. [22]; Schadensersatzanspruch ebd. [23]; Heilung der Nichtigkeit ebd. [24]; Einwand gegen rechtskräftiges Urteil Exk. zu § 346 [9], [25]; arglistiges Verschweigen von Mängeln § 377 [148]; Verhältnis zum Minderungsrecht § 377 [76] ff.; Zinsen § 352 [14]; Hungerlöhne § 59 [33]; s. Kauf V 3.

Z.

Zahl s. Aufsichtsrat, Aktionär.
Zahlkellner § 59 [17].
Zahlung an Angestellten im Laden § 56 [4]; an Agenten? § 86 [1] ff.; durch Bürgen § 349 [38] ff., [40] ff.; Verzicht auf Anfechtung § 377 [163]; Z. an Reisende § 55; des Empfängers an Frachtführer § 346; s. Quittung, Erfüllungszeit, Handelsgeschäft IV; Einzahlung, Quittung, öffentliche Kasse.
Zahlstelle, öffentliche Exk. zu § 372 [68].
Zahlungseinstellung, Einfluß auf Zurückbehaltungsrecht § 370.
Zahlungsfähigkeit s. Zahlungsunfähigkeit, Revision, Gründer, Haftung.
Zahlungsfristen, Bewilligung durch Reisende § 55; durch Agenten § 86; s. Stundung, Kredit.
Zahlungshalber s. Wechsel, Börsen-, Termingeschäfte.
Zahlungsmittel § 361 [1] ff.
Zahlungsskonto Exk. zu § 359 [14] ff.
Zahlungssperre, Inhaberaktie § 228 [3]; s. Sperre, Kaduzierung.
Zahlungsstockung AktGes. § 240 [9].
Zahlungsunfähigkeit eines Kunden, Agent § 88 [10]; der Aktionäre, Gründerhaftung § 202 [16] ff.; Anzeigepflicht des Vorstandes einer AktGes. § 240 [1] ff.
Zahlungsverzug des Käufers, dreifaches Wahlrecht des Verkäufers Exk. zu § 374 [6] ff.; s. Kauf VI.
Zahnarzt kein Kaufmann § 1 [9].
Zeichen s. Form, Zeichnung.
Zeichenstelle, kein Emissionshaus § 203 [9].
Zeichner, Gebundenheit des § 189 [22]; s. Zeichnungsschein, Zeichnung, Kaduzierung.
Zeichnung der Firma bei Gericht § 29 [5], § 35; der Prokura § 51, § 53 Abs. 2; des Handlungsbevollmächtigten § 57; Pflicht des Sacheinlegers bei AktGes.? § 186 [8]; Z. der Aktien überhaupt § 189 [1] ff., §§ 193, 281, 313; Z. der Namensunterschrift des Vorstandes AktGes. § 195 [22]; s. Handelsregister, Unterschrift, Aktie.
Zeichnungsschein § 189 [1] ff.; bei Kapitalserhöhungsbeschluß einer AktGes. § 281; AktKommanditges. § 323 [1]; s. AktGes. D III.
Zeit für Bilanzaufstellung § 261 [22]; der Erfüllung Exk. zu § 372 [1] ff.; Maßgeblichkeit für Preisbestimmung Exk. vor § 373 [33]; des Selbsthilfeverkaufs § 373 [42]; der Mängelanzeige § 377 [29]; s. Fälligkeit, Amtsdauer, Frist, Handelsgeschichte IV a, Abnahme, Mängelrüge.
Zeitablauf, Auflösung der AktGes. § 292 [4]; s. Auflösung, Liquidation.
Zeitgeschäfte s. Schlußnote.
Zeitliches Anwendungsgebiet des HGB. E 7.
Zeitpunkt, Vertragsschluß, Annahme der Offerte Exk. zu § 361 [24].
Zeitrechnung, Auslegungsregel § 361 [1] ff.; s. Frist.
Zeitschriftenabonnement Exk. vor § 373 [3]; s. Kauf, Rat, Auskunft.
Zeitung s. Bekanntmachung, Veröffentlichung.
Zession, Handelsgeschäft § 343 [27]; des Zurückbehaltungsrechts? § 369 [7]; s. Abtretung, Übertragung.
Zettel, lose, Z. keine Handelsbücher § 43 [2].
Zeuge, o. HG. kein Z. § 124 [13]; Komplementar nicht als § 161 [17]; desgl. Kommanditist § 161 [17]; Aktionär als § 210 [8]; Vorstand der AktGes. § 231 [4]; Vorstandsstellvertreter kein § 241 [1]; Aufsichtsrat als Z. § 246 E I; Kommanditist als Z. § 320 [8]; st. Gesellschafter als Z. § 335 [11].
Zeugnis des Handlungsgehilfen § 73 [1] ff.; Handlungslehrling § 80 [1] ff.; Recht des Vor-

Digitized by Google

standes einer AktGes. auf § 231 [35]; s. Handlungsgehilfe III, Zeuge.
Ziegelei, Handelsgewerbe § 343 [7].
Ziegelmeister § 59 [17].
Ziel, Beweislast Exk. vor § 373 [88]; s. Fälligkeit, Kreditverkauf, Stundung.
Zimmermeister s. Bauunternehmer.
Zinsanteilscheine redlicher Erwerb § 367 Abs. 3.
Zinsen, Höhe bei beiderseitigen Handelsgeschäften § 352 [1]ff., [10]ff.; zulässige vertragsmäßige Höhe § 352 [14]; Wucher ebd.; Verjährung von Verzugszinsen § 352 [16]ff.; allgemeine Zinspflicht aus beiderseitigen Handelsgeschäften § 353 [1]ff.; Hinterlegung zur Abwendung der Z. § 353 [11]; Rechte auf Z. für Darlehne, Vorschüsse, Auslagen usw. § 354 [1]ff.; des Pfandes § 368 [37]; Liquidationsbilanz § 154 [4]; kein Recht der Aktionäre auf § 215 [1]ff., [6]; Kommanditgesellschafter § 168 [1]; Aktionäreinlage § 218; Reservefonds der AktGes. § 262 [5]; st. Gesellschaft § 337 [4]; Übergang auf zahlenden Bürgen § 349 [40]ff.; Höhe der gesetzlichen und vertraglichen Z. für das Handelsrecht § 352 [1]ff.; Wechselschulden § 352 [12]; Kontokorrentverhältnis § 355 [33]; Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung Exk. zu § 374 [22]; s. Verzugszinsen, AktGes. sub C III.
Zinseszins § 353 [1]ff.; Saldo § 355 [37].
Zinskoupons s. Pfandrecht.
Zinspflicht des Käufers Exk. vor § 373 [63].
Zinsscheine, Veröffentlichung des Verlustes, Schlechtgläubigkeit bei Erwerb § 367 Abs. 3.
Zirka, Bedeutung § 346 [17]; Probekollektion, Umfang Exk. vor § 373 [35].
Zivilpreis Exk. vor § 373 [34].
Zoll, Erstattungsanspruch des Spediteurs § 409 [8]; des Lagerhalters § 420; s. Kosten.
Zollniederlage § 416 [4].
Zubehör, Be- oder Verarbeitung § 1 [45], [15]; des Pfandes § 368 [37]; Übergabepflicht des Verkäufers Exk. vor § 373 [56]ff.; Kauf mit Eigentumsvorbehalt Exk. zu § 382 [71].
Züchtigungsrecht, kein Z. des Prinzipals § 76 [9].
Zufälliger Untergang, Wandelung § 377 [65]; keine Haftung des Spediteurs § 408 [2]; der Eisenbahn? §§ 456, 458; s. Gefahr, Untergang, Frachtführer.
„Zuführung" eines Käufers durch Makler Exk. vor § 93 [32].
Zug um Zug, Klage, Vollstreckung Exk. vor § 373 [80]; Zahlungsverzug Exk. zu § 374 [8], [15]; Übergabeverzug des Verkäufers Exk. zu § 374 [44]; Wandelung § 377 [74].
Zugehen, Bürgschaft § 349 [4]; s. Offerte.
Zur Disposition s. Zurverfügungstellung.
Zurückbehaltung, Übergabeverzug des Verkäufers Exk. zu § 374 [76]; s. Zurückbehaltungsrecht.
Zurückbehaltungsrecht, kaufmännisches §§ 369ff.
I. Unterschied vom Z. des BGB. § 369 [1]ff.; dinglich? § 369 [33]ff., [38]; Voraussetzungen des Z. § 369 [2]ff., [39]ff.; seitens Minderkaufleute § 369 [3]ff.; beiderseitige Handelsgeschäfte § 369 [6]ff., [25]ff.; Zession? § 369 [7]; Z. für Forderungen aus Order- und Inhaberpapieren § 369 [7]; Fälligkeit § 369 [8], § 370; Konnexität keine Voraussetzung § 369 [10]; Ausnahme nach § 8 Abs. 2 des Depotgesetzes § 369 [10]; Besitz des Gläubigers § 369 [25]ff.; Ausschluß des Z. wegen besonderer Anweisung oder Verpflichtung § 369 [33]ff.; prakt. Beispiele § 369 [42]ff.; s. unten IV; Z. des Handlungsgehilfen, Reisenden § 59 [45]; gegenüber Handlungsgehilfen? § 59 [47]; des Agenten § 88 [20]; Übergang auf zahlenden Bürgen § 349 [40]ff.; des Verkäufers bei Zahlungsverzug Exk. zu § 374 [36]; Verzug bei Sukzessivlieferungsverträgen Exk. zu § 374 [142]; wegen Wandelung § 377 [72]; bei Nachlieferung mangelhafter Ware § 377 [97]; bei Schadensersatzanspruch (Kauf § 377 [104]; an beanstandeter Ware § 379 [27]; des Kommissionärs? § 397 [18]; s. Aktie, Aktionäre, actio.
II. Gegenstand des Z. § 369 [11]ff.; insbes. Wertpapiere § 369 [12]; kein Z. an dep. irregulare § 369 [13]; Beispiele von Z.-Gegenständen § 369 [15]; insbes. Gesellschaftsanteile? Sachgesamtheiten, Urheberrechte § 369 [15]; Dispositionspapiere § 369 [16]ff., [28]ff.; gesetzliche Veräußerungsverbote § 369 [17]ff.; guter Glaube schützt hier nicht § 369 [17], [20]; kein Z. an Akzepten des Schuldners § 369 [18]; Z. an Sachen des Gläubigers (zur Verfügung gestellt) § 369 [28]ff.; an Pfand § 368 [71].
III. Wirkungen gegenüber Dritten § 369 [31]ff., [58]ff.; insbes. gegenüber späteren gesetzlichen Pfandrechten § 369 [32]; Konkurs des Schuldners § 369 [36]; in Konkurrenz mit dem Verfolgungsrecht, § 44 KO. § 369 [37]; Herausgabeanspruch bei Besitzverlust § 369 [35]; Wechsel des Eigentums an den Z.-Gegenständen § 372.
VI. Ausschluß wegen besonderer Anweisung oder Verpflichtung § 369 [39]ff.: z. B. bei Kauf auf Probe § 369 [42]; Zusendung als Erfüllungsangebot? § 369 [43]; zur Verfügung gestellte Sachen § 369 [44]; Z. des Verwahrers § 369 [45]; des Spediteurs, Frachtführers § 369 [46], §§ 410, 440; zur Ausbesserung übergebene Sachen § 369 [47]; des Agenten § 369 [48]; des Kommissionärs ebd.; an Wechseln? § 369 [14], [43], [48]; Z. aus einem Dienstvertrage § 369 [49]; an verpfändeten Sachen § 369 [51].
V. Abwendung des Z. durch Sicherheitsleistung § 369 [52]ff.
VI. Not-Zurückbehaltungsrecht wegen nicht fälliger Forderungen bei Konkurs oder fruchtloser Vollstreckung § 370 [1]ff.
VII. Umfang des Z. § 369 [56]ff.; Verhältnis des Z. zum Rechte der Vollstreckung in sonstiges Vermögen § 369 [61];
Realisierung des Z. § 371 [1]ff.; durch Zwangsvollstreckung § 371 [4]; nach Art der Pfandverwertung § 371 [5]ff.; vollstreckbarer Titel ebd.; Folgen unrechtmäßigen Verkaufs

Digitized by Google

§ 371 [10]ff.; bewegliche Sachen § 371 [18]ff.; Wartefrist § 371 [15]ff.; Inhaberpapiere § 371 [19]; Orderpapiere § 371 [20]ff.; Dispositionspapiere § 371 [23]ff.; Parteiabrede über Voraussetzungen der Befriedigung § 371 [27]; Wechsel des Eigentums an den Z.-Gegenständen § 372.

VIII. Endigung § 369 [62]ff.; Erlöschen nach § 936 BGB. § 366 [41]; s. Bankverwahrungsgeschäft, Kommissionär, Lagergeschäft, Frachtgeschäft, Kauf V 3 ff., Speditionsgeschäft.

Zurückforderung s. Rückforderung, Rücktritt.

Zurücknahme s. Heilung.

Zurücksendung s. Kauf, unbestellt.

Zurückweisungsrecht des Kommittenten § 384 [34]ff.

Zurückzahlung s. Rückzahlung.

Zurverfügungstellung, Mängelanzeige § 377 [21]; keine Wandelungserklärung § 377 [108]; Exk. zu § 382 [61]; s. zur Verfügung.

Zusammengehörig s. Unteilbar, untrennbar.

Zusammenhang, ursächlicher Schadensersatz § 347 [27].

Zusammenlegung, Herabsetzung des Grundkapitals § 290 [1]ff.

Zusammenlegungsbeschlüsse § 211 [4], §§ 290 ff.

Zusammensetzung s. Vorstand, Aufsichtsrat.

Zusätze, unterscheidende, Z. zur Firma § 18 [7]ff., § 30 [7].

Zuschlag, Erwerb durch § 366 [49].

Zuschneider, Gewerbegehilfe § 59 [17].

Zusendung unbestellter Ware § 377 [199], § 379 [28]; Exk. zu § 361 [65]; unbestellter Ware, keine Rügepflicht § 377 [1].

Zusicherung von Eigenschaften § 377 [41]; bei Verkauf von Wertpapieren § 381 [12]; s. Bezugsrecht, Mängel.

Zuständigkeit, Zweigniederlassung § 13 [18]; Kaufmannsgerichte § 59 [5] b; der Generalversammlung § 250 [7]; aktienrechtliche Anfechtungsklage, Generalversammlungsbeschluß § 272 [8]; s. Gerichtsstand.

Zustellung an o. HG. § 124 [10]; an AktGes. § 231; aktienrechtlicher Anfechtungsklage, Generalversammlungsbeschluß § 272 [3], [14]; s. Vorstand, Liquidator.

Zustimmung, Handelsbetrieb der Ehefrau E 57 ff.; s. Einwilligung, Genehmigung.

Zuvielsendungen, aliud § 378 [6]ff.

Zuwiderhandlungen s. Fürsorgepflichten, Strafen.

Zuzahlung s. Aktionär, Kapitalsherabsetzung.

Zwang, Syndikatsmitglied Exk. zu § 346 [34]ff.; s. Ordnungsstrafe, Einrede, Orderpapiere, Anfechtung, Saldoanerkenntnis.

Zwangsamortisation § 227 [2], [10].

Zwangskurs, Papier § 361 [7].

Zwangsvergleich der o. HG., Wirkung auf Gesellschafter § 128 [12], § 129 [18]; Fortsetzungsbeschluß betr. o. HG. § 144; AktGes. § 292 [12]; Fortsetzungsbeschluß einer aufgelösten AktGes. § 307 [12]; AktKommanditges. § 330 [8]; Gesellschafter einer st. Gesellschaft § 340 [17]; Einfluß auf Bürgschaft § 349 [18]; Einrede des Pfandschuldners § 368 [33]; s. Konkurs.

Zwangsversteigerung, Grundstückserwerb seitens einer AktGes. durch Z. § 207 [11]; s. Zwangsvollstreckung, Versteigerung, Pfandverkauf.

Zwangsvertretung, Stimmrecht § 252 [30].

Zwangsvollstreckung, Gläubiger des Mannes einer Handelsfrau E 72 ff.; gegen Handelsfrau, Rechte des Mannes E 51 ff.; gegen Handelsfrau, ehemännliche Rechte E 43 ff.; einstweilige Geschäftsfortführung durch Erben § 27 [17]; in Gesellschafterrechte o. HG. § 109 [17]; gegen o. HGesellschafter § 129 [12]; gegen o. HG. § 124 [22]ff., [28]ff.; von Aktien § 223 [14]; in Inhaberpapiere Exk. zu § 365 [7]; Verweisung auf Pfand § 368 [40]; Zug um Zug Exk. vor § 373 [80]; s. Konkurs, Pfandverkauf, Zurückbehaltungsrecht, Nachgründung, Firma, Ausland, Schiedsgericht, Versteigerung.

Zweck s. Bekanntmachung der Generalversammlung § 256.

Zwei Sozien, Ausschließung, Auseinandersetzung § 142.

Zweideutiger Ausdruck, Auslegung § 346 [3]ff.

Zweigniederlassung, Begriff § 13; Handelsregister, Eintragungen § 13; Hauptgeschäft im Ausland § 13 [10]; Rechtsverhältnisse § 13 [13]; Grundbucheintragungen § 13 [14]; prozessuale Verhältnisse § 13 [16]; Zuständigkeit § 13 [18]; Kautionspflicht ausländischen Inhabers § 13 [19]; Verjährung bei Veräußerung § 26 [5]; Firma § 30 [8], [15]ff.; Veräußerung § 30 [12]; Bilanz § 39 [1]; Prokura § 50 [3]; Geschäftsführungsbefugnis? § 116 [2]; Kommanditges., Anmeldung § 162 [13]; einer AktGes., kein besonderer Vorstand § 235 [12]; AktGes., Kapitalserhöhung § 286; Z. einer inländischen AktGes. § 201 [1]ff.; Begriff ebd.; Errichtung § 201 [2]; Eintragung und Veröffentlichung § 201 [3]ff.; Firma § 201 [8]; Vertretung § 201 [9]; Anmeldebeilagen § 201 [16]; Veröffentlichung § 201 [18]; einer ausländischen AktGes., Begriff § 201 [19]; Inhalt der Anmeldung (Firma, Sitz, Gegenstand) § 201 [20]ff.; Anmeldebeilagen § 201 [30]ff.; Form § 201 [33]; Zwang zur Anmeldung § 201 [34]; nachträgliche Eintragungen § 201 [36]; Bedeutung der Eintragung und Veröffentlichung § 201 [37]; deutsches Recht maßgebend? § 201 [39]; s. Zweigregister, Ausland, Handelsregister.

Zweigregister, Statutenänderung einer AktGes. § 277 [1]; Eintragung der Kommanditges. auf Aktien § 320 [39]; s. Zweigniederlassung, Anmeldung.

Zwischenaktionäre, Verhältnis untereinander § 220 [18]; s. Kaduzierung.

Zwischenbilanz, Anzeigepflicht des Vorstandes bei Verlusten § 240 [1]ff.; s. Bilanz.

Zwischenmakler Exk. vor § 93 [34].

Zwischenspediteur §§ 408, 411; s. Speditionsgeschäft.

Zwischenzins, kein Z. bei vorzeitiger Leistung Exk. zu § 359 [11]ff.

E 4 C
C/16/48.

Digitized by Google

Herrosé & Ziemsen, G. m. b. H., Wittenberg.

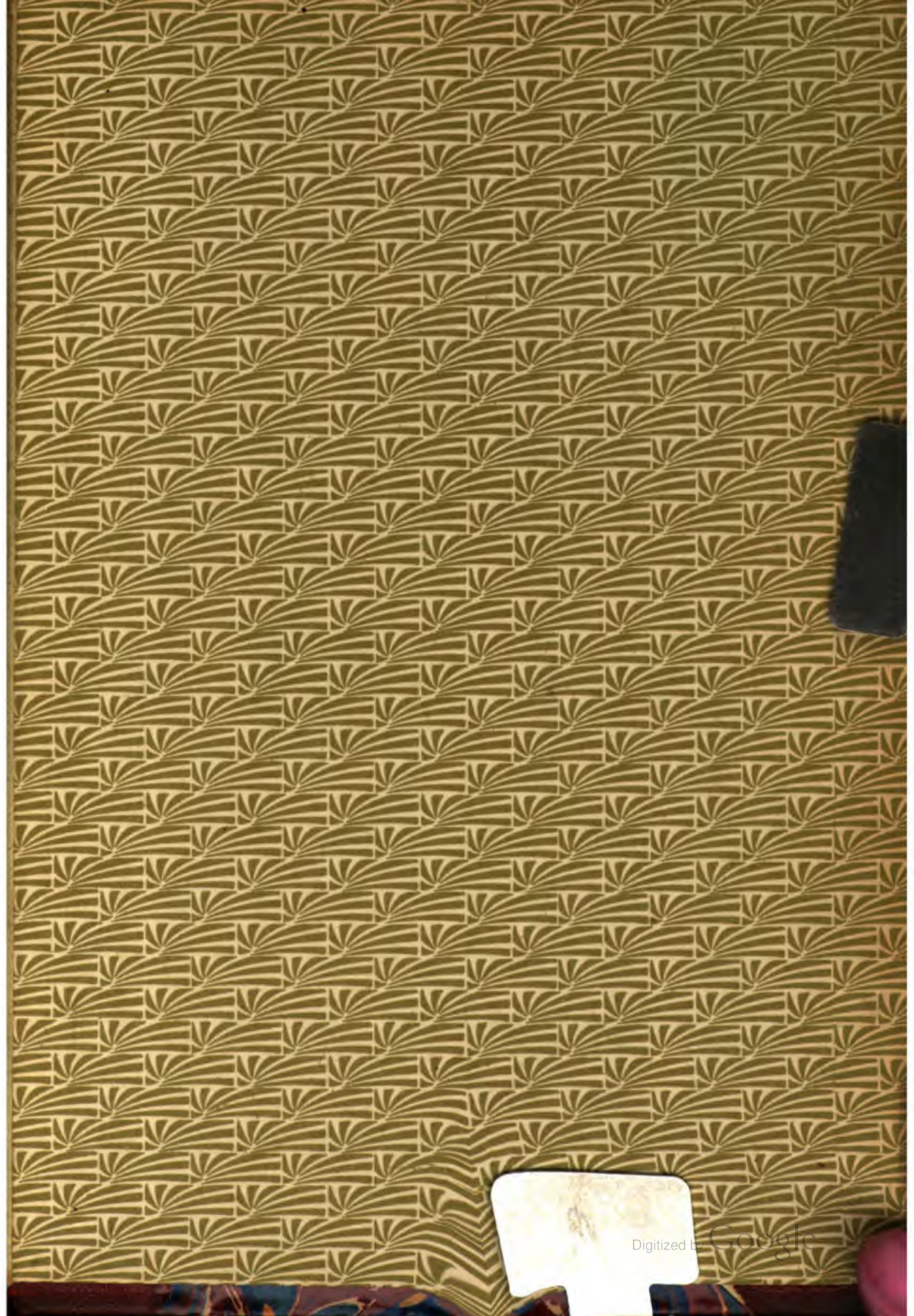
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google